Gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch nach vollendeter Ersitzung einen Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer?

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

NORBERT KOCH

Gerichtsreferendar aus Rheda (Westf.)

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. Oktober 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN GEWIDMET!

INHALTS-VERZEICHNIS.

I. Einleitung: Die Anwendungsfälle der Ersitzung im heutigen Recht 1

§ 1. Der Einfluß des Hand-wahre-Hand-Prinzips auf den Ersitzungserwerb 1

§ 2. Die einzelnen einer Ersitzung Raum lassenden Fälle . 1

II. Erster Hauptteil: Der Werdegang unserer Streitfrage und der heutige Stand der Lehre 4

§ 3. Der Standpunkt der Motive 4

§ 4. Das Offenlassen der Streitfrage durch die Protokolle . 5

§ 5. Die Behandlung der Frage durch Strohal und v. Mayr . 6

§ 6. Die Ansicht Wolff-Oertmann: Ein Bereicherungsanspruch ist dann gegeben, wenn bei vorliegendem Traditionserwerb ein Bereicherungsanspruch begründet sein würde 9

III. Zweiter Hauptteil: Der Sinn und Zweck der Ersitzung und die ratio des Bereicherungsanspruchs . . . 23

§ 7. Die ratio des Bereicherungsanspruchs 23

§ 8. Die Unterschiede zwischen der usucapio des Römischen Rechts und der Ersitzung des Bürgerlichen Gesetzbuches 25

§ 9. Ersitzung und Verjährung 32

§ 10. Die Ersitzung im Vergleich mit andern originären Eigentumserwerbsformen 34

IV. Schluß (§ 11): Das Ergebnis der Untersuchung und Feststellung der Billigkeit desselben 38

LITERATUR-VERZEICHNIS

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, Drittes Buch, Sachenrecht, Bln. 1914.
Bödecker: Wieweit ist nach vollendeter Ersitzung Raum für einen Bereicherungsanspruch vorhanden? Göttingen, Diss. 1928.
Collatz: Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, Bln. 1899.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Jena. 1900.
Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle a. S. 1908.
Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs; (in Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 7; 1902).
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. 3, Leipzig, 1905.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2, Bln. 1912.
Gutzeit: Ersitzung und Bereicherungshaftung. Bonn, Diss. 1928.
Haymann: Zuwendung aus fremdem Vermögen (in Jherings Jahrb. Bd. 77, S. 188).
Heilwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipz. 1901.
Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig, 1902.
Jung: Bürgerliches Recht (Teil IV der systematischen Darstellung des gesamten Rechts, herausgegeben von Stammler).
Jung: Fruchterwerb des scheinberechtigten Besitzers (in der Zeitschr. „Das Recht", Jahrgang 1920, S. 57 ff.).
Kretzschmer: Die Mobiliarersitzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bonn, Diss. 1910.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Leipzig, 1903.
Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Bln. 1888.
Oertmann: Recht der Schuldverhältn., zweite Abteilung, Bln. 1929.
Oertmann: Ersitzung und Bereicherungshaftung (im „Recht" 1910, S. 585).
Oertmann: Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen (im „Recht" 1915, S. 510 ff.).
Planck-Brodmann: Kommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch, Sachenrecht, Bln. und Leipzig 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bln. 1898.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: 3. Bd. Sachenrecht, Bln. und Leipzig 1929.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Bln. 1904.
Sohm: Institutionen, ein Lehrbuch der Geschichte u. des Systems d. Römischen Privatrechts. Leipzig 1901.
Staudinger-Kober: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Bln. 1926.
Strohal: Bemerkungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in zweiter Lesung (in Jherings Jahrb. Bd. 34, S. 325 ff.).
Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (in Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 1 ff.).
Unterholzner: Verjährungslehre, 2. Aufl. Leipzig, 1858.
Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Marburg, 1929.

I. Einleitung:

DIE ANWENDUNGSFÄLLE DER ERSITZUNG IM HEUTIGEN RECHT.

§ 1. Der Einfluß des Hand-wahre-Hand-Prinzips auf den Ersitzungserwerb.

Der § 937 BGB. bestimmt, daß derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, durch Ersitzung das Eigentum daran erwirbt, wenn er während dieser Zeit in gutem Glauben gewesen ist. Die Ersitzung stellt sich nach dem Wortlaut wie auch nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz als eine besondere Art des Eigentumserwerbs dar. Unter den verschiedenen Arten des gesetzlichen Eigentumserwerbs steht sie an zweiter Stelle eingeordnet. Gleichwohl sind die praktischen Anwendungsfälle der Ersitzung im heutigen Recht viel seltener, als etwa im Römischen und Gemeinen Recht. Das liegt vor allen Dingen daran, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten kennt, der dem Römischen Recht unbekannt war. Im Römischen Recht lag die Hauptbedeutung der Ersitzung darin, daß sie dem gutgläubigen Erwerber solcher Sachen, die dem Veräußerer nicht gehörten, die Möglichkeit nachträglichen Eigentumserwerbs gab. Das Römische Recht folgte eben unbedingt dem Satze: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet, und mußte in Konsequenz dieses Satzes einen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ablehnen. Es liegt nun auf der Hand, daß im heutigen Recht, wo ungeachtet des Eigentums des Veräußerers der Erwerber, sofern er nur auf das Eigentum des Veräußerers vertraut, regelmäßig sofort Eigentum erlangt, für einen Eigentumserwerb durch Ersitzung geringerer Raum mehr ist.

§ 2. Die einzelnen einer Ersitzung Raum lassenden Fälle.

Ist nun auch durch die Aufnahme des Hand-wahre-Hand-Prinzips in das Bürgerliche Gesetzbuch die praktische Bedeutung der Ersitzung erheblich geschmälert worden, so ist doch

bekanntermaßen der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nicht in jedem Falle möglich. So sind z. B. schon einmal alle die Fälle eines mangelhaften Erwerbs der Heilung durch guten Glauben unfähig, in denen sich der gute Glaube nicht auf das Eigentum des Veräußerers, sondern auf sonstige Eigenschaften in der Person des Veräußerers, wie z. B. seine Geschäftsfähigkeit (§ 105 BGB.), seine Verfügungsbefugnis (§ 185), Ernstlichkeit des Geschäfts (§ 118) bezieht. Hier ist also überall noch Raum für einen Erwerb des Eigentums durch Ersitzung. Ferner bleiben aber auch die Fälle für eine Ersitzung übrig, in denen der § 935 BGB. trotz Gutgläubigkeit an das Eigentum des Veräußerers einen Eigentumserwerb im Wege der Tradition nicht zuläßt. Das sind die gestohlenen, verlorenen oder sonstwie abhanden gekommenen Sachen, mit Ausnahme von Geld, Inhaberpapieren und im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen.

Die vorstehende Auslese zeigt, daß trotz der Einengung der Möglichkeiten einer Ersitzung durch den Schutz des guten Glaubens eine ganze Reihe von Fällen übrig bleibt, in denen eine Ersitzung des Eigentums eintreten kann. Dies ist außer bei den genannten Beispielen auch dann möglich, wenn das dingliche Uebereignungsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot, (§ 134 BGB.) oder gegen die guten Sitten (§ 138) verstößt, schließlich aber auch bei Irrtum (§ 119) oder arglistiger Täuschung, soweit sich diese auf das dingliche Uebereignungsgeschäft beziehen.

Weiter sind die Fälle einer Ersitzung fähig, in denen der Besitz nicht durch einen Uebertragungsakt erlangt wurde, sondern etwa durch eine in sich fehlerhafte Erbfolge oder eine aus irgend einem Grunde nicht zum Eigentumserwerb führende Aneignung, so z. B., wenn jemand eine fremde Sache findet und sie, in der Annahme, sie sei herrenlos, für sich behält, vorausgesetzt, daß seine Annahme, die Sache sei herrenlos, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.

Es sind daneben aber auch Fälle denkbar, wo bei vorliegender Uebertragung durch den Nichteigentümer der Erwerber trotz guten Glaubens an das Eigentum nicht sofort Eigentümer wird, sodaß also noch durch Ersitzung Eigentum erworben werden kann. Es ist hier der Fall anzuführen, wo die Uebertragung in der Form der brevi manu traditio geschah, der Erwerber

aber den Besitz früher nicht vom Veräußerer selbst, sondern anderweitig, insbesondere von einem Dritten erlangt hatte. Z. B.: A. leiht dem B. ein Buch. C. findet es bei diesem und behauptet, es sei sein Eigentum und überträgt es brevi manu auf den gutgläubigen B. Obgleich B. in gutem Glauben ist, wird er nicht Eigentümer nach § 929, Satz 2, weil er den Besitz nicht, — wie dies nach § 932 Abs. I Satz 2 Voraussetzung für einen Eigentumserwerb durch B. ist, — von dem Veräußerer C. erlangt hatte[1]).

Auch in dem Falle, wo eine fremde Sache durch constitutum possessorium übertragen wird, kann Eigentum dann nicht sofort erworben werden, wenn die körperliche Uebergabe der Sache, die nicht dem Veräußerer gehört, durch einen Dritten vorgenommen wird. Denn in diesem Falle würde auch der gutgläubige Erwerber nur dann Eigentümer gemäß § 930 werden können, wenn ihm die Sache vom Veräußerer übergeben worden wäre. (§ 933). Zur Erläuterung möge folgendes Beispiel dienen: Der Bankier legt ihm nicht gehörige Wertpapiere auf eine Einkaufskommission seines Kunden in dessen Depot. Dieser wird trotz seines guten Glaubens jetzt nicht Eigentümer, weil er die Papiere nicht von dem Veräußerer erhalten hat, was nach § 933 BGB. Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist. Wir sehen also, daß auch in diesem Falle die Möglichkeit des Eigentumserwerbs durch Ersitzung besteht.

In gleicher Weise ist bei der Uebereignung einer fremden Sache im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruchs ein Eigentumserwerb trotz guten Glaubens dann nicht möglich, wenn der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer war, und wenn die Sache nicht von dem „Dritten", sondern auf irgend eine andere Weise in seinen Besitz gelangt war[2]).

In allen diesen Fällen bewirkt also die Ersitzung den Uebergang des vollen Eigentums, unabhänig davon, wie der Ersitzer in den Besitz gekommen ist. Sofern er nur gutgläubiger Eigenbesitzer während 10 Jahren gewesen ist, gibt ihm das Gesetz auf Grund der Ersitzung die völlige Herrschaft über die Sache. Er ist in die volle Rechtsstellung des bisherigen Eigentümers eingetreten. Dieser kann sie nicht mehr mit der rei vindicatio

1) Goldmann-Lilienthal: a.a.O. Bd. 2, § 17, Anm. 8.
2) Staudinger-Kober, Komm. § 934, Erl. 1 b, Abs. 1.

herausverlangen. Der frühere Eigentümer, dessen Herausgabeanspruch im allgemeinen erst nach dreißig Jahren verjährt, geht dem Ersitzer gegenüber schon nach zehn Jahren seines Eigentums verlustig. Durch die Ersitzung wird also die Verjährung des Eigentumsanspruches gegen den gutgläubigen besitzenden Nichteigentümer auf zehn Jahre abgekürzt. Der Grund zu dieser zeitlichen Begrenzung des Eigentumsanspruches gegen den Ersitzer ist eben der, daß die nach zehn Jahren eingetretene Ruhelage in den sachenrechtlichen Beziehungen zu der ersessenen Sache gegenüber einem Gutgläubigen nicht mehr gestört werden soll.

II. Erster Hauptteil:

DER WERDEGANG UNSERER STREITFRAGE UND DER HEUTIGE STAND DER LEHRE.

§ 3. Der Standpunkt der Motive.

Ueber die Tatsache, daß nach vollendeter Ersitzung der Ersitzer volles Eigentum erworben hat, und der frühere Eigentümer sein Eigentum verloren hat, hat es denn auch zu keiner Zeit Meinungsverschiedenheiten gegeben. Dagegen wurde bereits vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die Frage erörtert, ob nun nach dem neuen Gesetz der Ersitzer mit vollendeter Ersitzung die ersessene Sache ein für alle Mal behalten dürfe, oder ob unabhängig von der durch Ersitzung bewirkten Veränderung der dinglichen Rechtslage noch ein persönlicher Anspruch des früheren Eigentümers aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Ersitzer bestehen bleiben könne.

Schon die Motive zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs nehmen zu dieser Frage Stellung und kommen zu dem Ergebnis, daß ein Bereicherungsanspruch nach erfolgter Ersitzung nicht zuzulassen sei. Der § 748 des Entwurfs, der von der condictio sine causa handelt, sagt im zweiten Absatz: „Beruht der Rechtsverlust auf einer diesen (Rechtsverlust) bestimmenden Vorschrift, so ist die hierdurch herbeigeführte Bereicherung im Zweifel als eine des rechtfertigenden Grundes nicht entbehrende anzusehen." Es fragte sich damals, ob bei der Ersitzung von dieser Bestimmung des § 748, Abs. 2 eine Aus-

nahme zu machen sei; die Kommission entschied sich dann jedoch dahin, daß der Ersitzer als gerechtfertigt bereichert anzusehen sei, und daß eine Ausnahme von § 748 Abs. 2 hier nicht bestimmt werden sollte, „weil es nicht gerechtfertigt sein würde, den mit der Ersitzung verbundenen Vorteil mittelbar und materiell wieder zu entziehen“[1]). Es wird also durch diesen Satz zum Ausdruck gebracht, daß nach Auffassung der ersten Kommission durch Ersitzung nicht lediglich die formelle Veränderung der dinglichen Rechtslage begründet würde, daß vielmehr die Ersitzung eine materielle Vermögensverschiebung, d. h. ein endgültiges Behaltendürfen des ersessenen Gutes bewirken solle. Bei dieser Stellungnahme der Motive ist besonders zu betonen, daß man sich wohl darüber im klaren war, daß das Gesetz jeweils zu bestimmen habe, daß der Rechtsverlust, bezw. die Bereicherung, obwohl sie auf einer Vorschrift des Gesetzes beruht, doch die condictio sine causa begründe, und daß, wenn auch nicht ausdrücklich, so aber doch dem Sinne nach sich aus dem Gesetz ergeben müsse, ob ein Bereicherungsanspruch zu gewähren sei oder nicht, und daß dort, wo eine solche Anordnung in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, dies im Wege der Auslegung zu ermitteln sei[2]).

§ 4. Das Offenlassen der Streitfrage durch die Protokolle.

War hiernach die Auffassung der ersten Kommission verhältnismäßig eindeutig und bestimmt zum Ausdruck gekommen, so wurde durch die Beratungen der zweiten Kommission das Bild insofern etwas unklarer, als diese die Bestimmung des § 748 Abs. 2 des ersten Entwurfs fallen ließ, weil nämlich die Vorschrift in ihrer Allgemeinheit nicht richtig war[1]). Man wird zugeben müssen, daß schon angesichts des Unterschiedes zwischen formellem und materiellen Rechtserwerb die Vorschrift des § 748 Abs. 2 tatsächlich falsch war. Fest steht jedenfalls, daß nach dem Fortfall des § 748 Abs. 2 das Gesetz die Frage, wann denn nun eine Bereicherung des rechtlichen Grundes entbehre, völlig offen läßt, wenigstens in den Fällen, wo es sich

1) Motive, Bd. 3, S. 353.
2) Motive, Bd. 2, S. 852.
1) Protokolle, Bd. 2, S. 686.

nicht ausdrücklich auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung bezieht, wie z. B. in den Fällen der §§ 951, 977. Bemerkenswert ist jedoch immerhin, daß die Protokolle die Bestimmung des § 748 Abs. 2 auf die Ersitzung für zutreffend ansehen, wie überhaupt für die Fälle, die das Verhältnis zwischen dem Verlierenden und dem Erwerbenden betreffen[2]). Letzten Endes hat aber die Gesetzgebung die Beantwortung der Frage offen gelassen. So blieb es der Wissenschaft vorbehalten, sich mit ihr auseinanderzusetzen.

§ 5. Die Behandlung der Frage durch Strohal und von Mayr.

Bereits vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches äußerte sich Strohal[1]) in einer kritischen Betrachtung des Entwurfs unter anderm auch über die Frage der Bereicherungshaftung des Ersitzers, die er zu bejahen geneigt ist. Er geht zwar zunächst davon aus, daß der gutgläubige Eigenbesitzer einer fremden beweglichen Sache mit Ablauf von 10 Jahren das Eigentum erwirbt, und daß es hierzu eines besonderen Rechtsgrundes nicht bedarf. So soll auch nach Strohal der gutgläubige Erbe eines Kommodatars, Depositars, Mandatars die in seine Hand gelangten Sachen des Kommodanten, Deponenten, Mandanten schon in 10 Jahren ersitzen. Dann aber will Strohal doch wiederum nicht infolge dieser Ersitzung die Haftung des Erben aus dem vom Erblasser eingegangenen Kommodat, Depositum, Mandat vollständig erlöschen lassen, sondern glaubt — allerdings ohne nähere Begründung — sagen zu müssen, daß der Erbe vom Zeitpunkt der vollendeten Ersitzung an zum mindesten noch auf Herausgabe der Bereicherung hafte[2]).

Diese Auffassung ist nicht unwidersprochen geblieben. Planck weist ihr gegenüber in der älteren Auflage seines Kommentars[3]) darauf hin, daß die Ersitzung nicht nur ein formaler, sondern ein materieller Rechtsgrund für den Erwerb des Eigentums sei, der auch nach Verlust der rei vindicatio eine condictio des Wertes nicht mehr zulasse, ja, überhaupt eine entscheidende Umgestaltung der an der Sache bestehenden obli-

2) Protokolle, Bd. 2, S. 686.
1) Jherings Jahrb. Bd. 34, S. 325 ff.
2) Strohal a.a.O. S. 365.
3) Sachenrecht, 1903, § 937 Anm. 3.

gatorischen Verhältnisse verbiete. Nach Plancks Ansicht braucht denn auch im oben angeführten Fall der Erbe dem Leiher die Sache nicht zurückgeben, „denn der Entleiher ist nur verpflichtet, die Sache zurückzugeben, nicht auch, an ihr dem Leiher das Eigentum zu verschaffen" [4]). Der Erbe würde vielmehr nach Plancks Auffassung die zurückgegebene Sache, da sie sein Eigentum ist, sofort wieder vindizieren können nach dem Grundsatz: dolo facit, qui petit quod redditurus est. Auch ist nach Planck die Bereicherung des Erben deswegen gar nicht ungerechtfertigt, weil er die Sache nicht auf Kosten des Leihers als solchem, sondern auf Kosten des Eigentümers erwirbt. Diesem gegenüber soll sie aber deswegen nicht grundlos sein, weil die Ersitzung dem Erwerber die causa gebe [5]).

Eine weitere Förderung hat unsere Frage dann durch von Mayr erfahren. Von Mayr geht in seiner Schrift: „Der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Rechts" davon aus, daß nach Verlust des Eigentums ein persönlicher Anspruch nur da zu geben sei, wo eine besondere gesetzliche Bestimmung ihn zuläßt [6]). Dann weist er darauf hin, daß das Bürgerliche Gesetzbuch außerdem eine ganze Reihe von Fällen kenne, in denen nach Untergang des Eigentumsanspruchs auch der persönliche Anspruch versagt sei. Angesichts der Sorgfalt aber, mit der das Gesetz in jedem einzelnen Falle die Frage ausdrücklich entscheide, ob dem gewesenen Eigentümer ein persönlicher Anspruch gebühre, soll es nach von Mayrs Ansicht unzulässig sein, die Ausnahme auf alle Fälle auszudehnen, für die sie im Gesetz nicht vorgesehen ist.

Diese Begründung von Mayrs dürfte m. E. nicht ganz stichhaltig sein; wie bereits oben ausgeführt, waren sich bereits die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches darüber im Klaren, daß zwar das Gesetz jeweils darüber zu bestimmen habe, ob eine Bereicherung die condictio sine causa begründe, daß es jedoch keineswegs ausdrücklich Auskunft darüber geben müsse, ob ein persönlicher Anspruch zu gewähren sei oder nicht, sondern daß dort, wo das Gesetz nichts Ausdrückliches sagt, im Wege der Auslegung zu ermitteln sei, ob die Gewährung eines Bereicherungsanspruches in der Absicht des Gesetzgebers

4) Planck a.a.O.
5) Vgl. Planck-Brodmann, § 937, Ziff. 3.
6) a.a.O. 381.

gelegen habe. Schon angesichts dieser Tatsache wird man sagen müssen, daß das Gesetz durchaus nicht nur dort, wo es dies ausdrücklich bestimmt, einen Bereicherungsanspruch gibt, sondern daß vielmehr überall da, wo der Sinn des Gesetzes eine schuldrechtliche Ausgleichung erfordert, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewährt werden muß. Im weiteren Verlauf seiner Abhandlung wendet sich dann von Mayr auch gegen die Zulassung eines Bereicherungsanspruchs gegen den Ersitzer unter dem Gesichtspunkt, daß damals bei der Uebergabe ein Nichtberechtigter eine Verfügung vorgenommen hat, die jetzt dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Zur Begründung bezieht er sich in erster Linie auf den Wortlaut des Gesetzes. Der § 816 BGB. spricht nur von einer Verfügung, die wirksam ist, nicht von einer solchen, die wirksam wird. Da nun aber das Gesetz in anderen Fällen zwischen der Verfügung, die wirksam ist, und der, die wirksam wird, wohl zu unterscheiden weiß, wie ein Vergleich mit § 185 BGB. zeigt, so glaubt von Mayr dieses Argument gegen die Zulassung einer Bereicherungsklage des durch die Ersitzung in Rechtsverlust geratenen Eigentümers nicht zu gering einschätzen zu dürfen.

Man wird jedoch, sofern nicht weitere durchschlagende Gründe gegen die Zulassung eines Bereicherungsanspruches sprechen, dieses aus dem Wortlaut entnommene Argument nicht zu schwer abwägen dürfen, denn es fragt sich — falls tatsächlich eine direkte Anwendung als nicht angängig anzusehen wäre — dann immer noch, ob und wieweit sich eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der wirksamen Verfügung auch auf die wirksam gewordene Verfügung rechtfertigen läßt, wie man sie auch anzuwenden versucht, wo eine gestohlene Sache veräußert wird, also nicht wirksam, da die Vindication noch besteht, aber diese Vindication praktisch nicht möglich ist, weil der jetzige Besitzer der Sache nicht zu ermitteln ist; was man freilich später dann so begründet, daß man in der Klageerhebung des Eigentümers gegen den damals unwirksam Verfügenden eine Genehmigung der Verfügung durch den Berechtigten sieht, wodurch die Veräußerung durch den Nichtberechtigten eben wirksam wird, und zwar rückwirkend. (§§ 185, 184 BGB.). Dieses gibt von Mayr[7]) denn auch zu und erkennt für die Fälle, in denen durch den Eintritt dieser nachträglich

7) a.a.O. S. 316.

wirksam gewordenen Verfügung die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruches, Erlangen auf Kosten eines andern ohne rechtlichen Grund, nachträglich beigestellt werden, eine entsprechende Anwendung des § 816 BGB. an.

Abgesehen davon wird aber bei der analogen Anwendung des § 816 darauf abzustellen sein, ob der nachträgliche Eigentumserwerb nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge „nahezu mit Notwendigkeit" eintreten wird, wie etwa in dem Falle, daß ein böswilliger Erwerber fremden Geldes dieses ziemlich unzweifelhaft mit dem eigenen vermischen wird[8]). In andern Fällen, wo der nachträgliche Eigentumserwerb nicht mit der gleichen Zweifellosigkeit und Selbstverständlichkeit eintreten wird, muß jedoch eine analoge Anwendung des § 816 den schwersten Bedenken unterliegen, insbesondere also da, wo der Eigentumserwerb jahrelang ungewiß bleiben wird. Wenn wir nun unter diesem Gesichtswinkel das Institut der Ersitzung ins Auge fassen, so müssen wir uns im Ergebnis doch mit von Mayr[9]) dazu bekennen, daß die Ersitzung an sich schon dem Gesichtspunkt der wirksamen oder wirksam gewordenen Verfügung widerspricht, weil die Ersitzung eben nicht auf dem Vertrauen auf eine Disposition des Rechtsurhebers, sondern auf dem Zeitablauf und der Säumnis des Eigentümers ruht, und weil eben der Ersitzer sein Eigentum stützt nicht auf eine Verfügung eines anderen, sondern auf einen eigenen in seiner Person begründeten Erwerbsgrund, nämlich seinen zehn Jahre fortdauernden guten Glauben[10]). Aus diesen Erwägungen heraus also kommt von Mayr zu dem Schluß, daß nach vollendeter Ersitzung ein Bereicherungsanspruch zu versagen ist.

§ 6. Die Ansicht Wolff-Oertmann: Ein Bereicherungsanspruch ist dann gegeben, wenn bei vorliegendem Traditionserwerb ein Bereicherungsanspruch begründet sein würde.

Hatte von Mayr noch in seiner Schrift feststellen können, daß bisher der Ersitzung gegenüber noch von keiner Seite die Behauptung habe aufgestellt werden können, daß der frühere Eigentümer den durch Ersitzung an seine Stelle Getretenen auf

8) Vgl. Jung, Bereicherungsansprüche, S. 51.
9) a.a.O. S. 316.
10) Vgl. v. Mayr a.a.O.

Bereicherung in Anspruch nehmen könne[1]), so war dies doch schon bald nicht mehr einhellige Auffassung der Rechtslehre. Als erster vertrat Martin Wolff[2]) die Auffassung, daß die Frage nach einem Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer nicht einheitlich zu beantworten sei, daß vielmehr die Entscheidung davon abhängen müsse, ob der Eigenbesitzerwerb, auf dem die Ersitzung beruht, mit rechtlichem Grunde geschah oder nicht. Die Richtigkeit seiner Lehre versucht Wolff an folgendem Beispiel nachzuweisen:

„Ist eine gestohlene Sache auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages an einen Redlichen gelangt, und hat dieser sie ersessen, so kann sie ebenso kondiziert werden, wie eine nicht abhanden gekommene Sache, die auf gleich wankendem Grunde veräußert worden ist"[3]). Wolff beruft sich dabei vor allem auf die Digestenstelle D. 12, 6, 15, 1 und auf das praktische Ergebnis seiner Entscheidung: es sei nicht angängig, daß dort, wo der Nichteigentümer ohne Rechtsgrund wirksam nach § 932 übereignet hat, die Sache länger zurückverlangt werden könne, als dort, wo sie nach § 935 nicht übereignet wurde, nämlich im Falle der Uebereignung nach § 932 habe der Berechtigte 30 Jahre lang die Kondiktion, — weil der Erwerber dem Berechtigten 30 Jahre lang gemäß § 816 Abs. 1 aus Bereicherung haftet — während bei der abhanden gekommenen Sache, die ersessen worden ist, der Eigentumsanspruch auf 10 Jahre abgekürzt ist, — weil der § 816 für den Fall der nicht wirksamen Verfügung keinen in 30 Jahren verjährenden Bereicherungsanspruch gibt. Nach Wolff sollen aber diese beiden Fälle so vollkommen gleichgelagert sein, daß nach seiner Ansicht eine unterschiedliche Behandlung durch nichts gerechtfertigt sein würde. Inwieweit dies zutrifft, wird eine Kritik der Wolffschen Lehre zeigen müssen; es scheint nämlich, daß diese Fälle doch nicht ganz gleich gelagert sind, wie Wolff sie ansieht. Wenn Wolff in dem Falle einen Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer für begründet hält, wo auch bei vorliegendem Traditionserwerb ein solcher gegeben sein würde, so fehlt in diesem Gedankengange m. E. ein wichtiges Glied, nämlich eine Untersuchung darüber, was denn nach geltendem Recht die Ersitzung

1) v. Mayr, a.a.O. S. 381.
2) Sachenrecht, § 71, IV.
3) Wolff, a.a.O.

bezwecken will, ob nämlich durch sie lediglich formell Eigentum übergehen soll, oder ob sie einen materiellen Rechtsgrund für den Eigentumserwerb in sich birgt[4]). Wolff setzt sich über eine Prüfung dieser Frage hinweg und scheint, da er einfach auf das Römische Recht verweist, die Ersitzung des Bürgerlichen Rechts ohne weiteres der usucapio des Römischen Rechts gleichstellen zu wollen. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Gleichbehandlung der beiden Ersitzungsinstitute soll jedoch erst im zweiten Teil der Arbeit näher erörtert werden. Abgesehen hiervon unterliegt die Lehre Wolffs aber auch aus anderen Gründen den schwersten Bedenken. Es soll nämlich nach Wolff nicht dem Voreigentümer sondern dem Veräußerer der Sache (vgl. obiges Beispiel S. 10) ein Anspruch gegen den Ersitzer zustehen, und zwar auf Grund des § 812 BGB. Wenn wir im Auge behalten, daß es sich um eine abhanden gekommene Sache handelt, an der der Veräußerer — wegen § 935 — nicht das Eigentum, sondern lediglich den Besitz übertragen konnte, so müssen sich für uns sogleich Zweifel in der Richtung ergeben, ob derjenige, der nur Besitz übertragen hat, Eigentum kondizieren kann. Wolff bejaht die Frage unter Berufung auf den § 818 Abs. 1, wonach sich die Verpflichtung zur Herausgabe des erlangten Etwas auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige erstreckt, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts, oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Bei dieser Gelegenheit stoßen wir auf die Frage, ob hier der Empfänger das Eigentum auf Grund eines erlangten „Rechts" erworben hat, m. a. W., ob der Besitz überhaupt ein Recht ist. Diese Frage ist bis heute bestritten geblieben. So wie es auf der einen Seite gesetzliche Bestimmungen gibt, die dafür sprechen, daß Besitz kein Recht sei, lassen sich auf der andern Seite wiederum Stellen anführen, die darauf schließen lassen, daß der Gesetzgeber in bestimmten Fällen den Besitz zu den Rechten zählen wollte, zum mindesten ihn aber mit den Rechten gleichgestellt wissen wollte. Gegen die Rechtsnatur spricht z. B., daß einerseits wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (§ 93 BGB.), daß aber andererseits nach § 865 BGB. Besitz an ihnen möglich ist. Genau so gut aber lassen sich Beispiele anführen, in denen das Gesetz den

4) Aehnlich auch Gutzeit, a.a.O. S. 18.

Besitz den Rechten gleichstellt, wie das z. B. in den §§ 268 und 1414 BGB. geschieht. Wir werden daraus aber auch mit demselben Recht entnehmen können, daß der Gesetzgeber, wenn er in den genannten Bestimmungen den Besitz besonders erwähnt, er ihn in diesen Fällen den dort aufgeführten Rechten gleichstellen wolle, ohne im Uebrigen aber zur Frage nach der Rechtsnatur des Besitzes grundsätzlich Stellung nehmen zu wollen. Bejaht wird heute die Rechtseigenschaft des Besitzes u. a. von Planck[5]), Staudinger[6]) und Jung[7]). Verneint wird sie von Dernburg[8]), Strohal[9]), Cosack[10]), Hellwig[11]) und anderen. Für uns wird in diesem Zusammenhange vor allem die Ansicht Wolffs von Interesse sein; denn von seiner Stellungnahme zur Rechtsnatur des Besitzes muß naturgemäß auch seine Stellungnahme zur Besitzbereicherung und Eigentumskondiktion abhängig sein. Wer der Auffassung ist, daß der Besitz kein Recht sei, der muß auch leugnen, daß der Besitz übertragende Veräußerer Eigentum kondizieren kann, weil es für ihn ja an der Voraussetzung „auf Grund eines erlangten Rechts" i. S. des § 818 fehlt. Dies kann also die Auffassung Wolffs nicht sein. Er glaubt überhaupt die Frage nach der Rechtsnatur nicht einheitlich beantworten zu können, sondern will den Besitz nach dem Gesetz in dreierlei verschiedenen Bedeutungen aufgefaßt wissen. Einmal sagt er[12]), könne Besitz die tatsächliche Sachherrschaft selbst bedeuten (z. B. in § 869 S. 2, § 2025, S. 2). In anderen Fällen müsse man aber den Besitz auffassen als jeden Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Besitzfolgen knüpfe, auch wenn sich dieser Tatbestand nicht als Sachherrschaft darstelle; so werde das Wort „Besitz" z. B. in den §§ 858, 985 gebraucht. Drittens, so sagt Wolff, könne Besitz aber auch bedeuten den Inbegriff der an die Sachherrschaft oder den ihr oben gleichgestellten Tatbestand — auch ohne daß er sich als Sachherrschaft darstelle — geknüpften Rechte. Wenn wir diese Definition Wolffs nun einmal auf unsern Fall anwenden wollen, so sind wir uns von vornherein darüber im Klaren, daß Wolff

5) 4. Aufl. III, 1, S. 32.
6) 9. Aufl. III, 1, S. 17, VII.
7) Bürgerl. Recht (S. 924, 927).
8) 4. Aufl. II, S. 49, Ziff. 2.
9) Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 65 f.
10) a.a.O. Bd. 2, § 189, Ziff. I, 1—3.
11) a.a.O. S. 343.
12) Sachenrecht, § 3, II, 1—3.

für den Fall der Besitzkondiktion den Besitz im dritten Sinne, als ein Recht, ansprechen will. Doch werden wir, selbst wenn wir Wolff einmal in seinen verschiedenen Bedeutungsmöglichkeiten des Besitzes folgen, uns schwerlich dazu bekennen können, den Eigenbesitz, wie wir ihn hier als Voraussetzung der Ersitzung vor uns haben, als den Inbegriff der an die Sachherrschaft geknüpften Rechte anzusprechen; was den gutgläubigen Eigenbesitzer nach zehn Jahren zum Eigentümer macht, das ist nicht ein Inbegriff von Rechten, sondern das tatsächliche Haben der ersessenen Sache, also die reine natürliche Sachherrschaft ohne irgendwelche rechtliche Färbung, allerdings in Verbindung mit dem zehnjährigen Zeitablauf, dem guten Glauben und dem Willen, die Sache als eigene zu besitzen[13]). Wenn Wolff den Besitz im Falle der Ersitzung als Recht ansehen will, im Falle des § 985 in ihm jedoch nur einen „Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Besitzfolgen knüpft", erblickt, so entbehrt dies m. E. auch vom Wolffschen Standpunkt aus der Konsequenz, denn augenscheinlich ist doch der Grund dafür, daß er den Besitz in § 985 als Tatsache ansieht, die Gegenüberstellung des Besitzes als dem Faktischen mit dem Eigentum als dem Recht. Genau so ist jedoch das Verhältnis von Besitz und Eigentum bei der Ersitzung. Auf Grund des tatsächlichen gutgläubigen Innehabens während einer langen Zeit wird der Ersitzer vom bloß tatsächlichen Herrscher zum rechtlichen Gewalthaber über die Sache. Kommen wir hiernach zu dem Ergebnis, daß — abgesehen von der Frage, ob der Besitz überhaupt ein Recht sein kann — im vorliegenden Falle bei konsequenter Durchführung der Wolffschen Ansicht der Besitz kein Recht ist, so dürfte damit die Beweisführung Wolffs, das Eigentum sei auf Grund eines erlangten Rechts erworben, und sei somit auch dem Bereicherungsanspruch unterworfen, die Eigentumskondiktion rechtfertige sich also trotz bloßen hingegebenen Besitzes aus § 818 Abs. 1, doch schon stark ins Wanken geraten sein.

Daß Wolffs Konstruktion unrichtig ist, ergibt sich m. E. aber auch aus dem Sinn des § 818 BGB.; denn dieser ist, wie ein Vergleich der verschiedenen darin aufgeführten Elemente zeigt, doch der, daß all das, was irgendwie aus der herauszugebenden Sache auf natürliche Art und Weise organisch geworden ist,

13) So auch Gutzeit, a.a.O. S. 15.

oder was sonst an Vorteilen aus der Sache selbst gewonnen ist, gleichsam noch als ein Stück der Sache selbst, das deren Schicksal teilt, betrachtet werden soll, insofern nämlich, als es dem Empfänger bei — bezüglich der Hauptsache — fehlender Kondiktionslage ja auch nicht zugefallen sein würde. Nun wird man aber sicher nicht sagen wollen, daß das auf Grund der Ersitzung erworbene Eigentum als eine Akzession, ein dem natürlichen Verlauf der Dinge entsprechendes Produkt des Besitzes anzusprechen sei. Dies muß schon deswegen verneint werden, weil der § 818 seinem Sinne nach solche Fälle nicht mitumfassen kann, wo aus einem tatsächlichen Zustand durch langen Zeitablauf auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift ein Rechtszustand wird; weiter aber auch aus dem Grunde, weil hier ja nicht der Besitz allein, sondern die weiteren Erfordernisse des guten Glaubens und des zehnjährigen Zeitablaufs hinzukommen müssen, um das tatsächliche Innehaben der Sache in eine rechtliche Herrschaft, das Eigentum, zu verwandeln. Diese beiden Erfordernisse lassen sich aber keinesfalls als natürliche Folgen des Besitzes, und ebensowenig als Ereignisse bezeichnen, die dem natürlichen Verlauf entsprechend normalerweise zur Ersitzung führen. Denn gerade die Voraussetzung des guten Glaubens ist in höchstem Maße von Zufälligkeiten abhängig, und deshalb kann auch aus diesem Gesichtspunkt von einer Ableitung des Ersitzungseigentums aus dem Besitz im Sinne des § 818 nicht die Rede sein.

Mit Vorstehendem glaube ich dargetan zu haben, daß ein Bereicherungsanspruch des Veräußerers, der Besitz hingegeben hat, abzulehnen ist. Uebrigens ist Wolff auch aus dem Grunde nicht beizutreten, weil in dem Falle, daß der Veräußerer Eigentum kondizieren will, der Empfänger dies nicht auf Kosten des Veräußerers, sondern höchstens des Voreigentümers erlangt hat, und weil im Falle, daß er den hingegebenen Besitz kondizieren will, der Empfänger als Ersitzungseigentümer ihm gegenüber jederzeit die rei vindicatio geltend machen könnte. Der Satz: „dolo facit, qui petit quod redditurus est" schlägt ihm also auch den Anspruch auf Besitzkondiktion aus der Hand. Damit scheint die Auffassung Wolffs, dem Veräußerer sei überall da ein Bereicherungsanspruch zuzubilligen, wo er auch bei Traditionserwerb bestehen würde, hinreichend gekennzeichnet zu sein.

Zurückgreifend auf die Lehre Wolffs hat dann Oertmann in zwei Abhandlungen im „Recht" (Jahrg. 1910, S. 585 ff. und 1915, S. 516 ff.) neue Betrachtungen über unser Problem angestellt. Durch ihn hat die Lehre Wolffs weiteren Ausbau und weitere Vertiefung erfahren. Seine Ausführungen, die im Ergebnis zum Teil von der Wolffschen Ansicht abweichen, scheinen bereits herrschende Lehre geworden zu sein. So verweist z. B. der Reichsgerichtsrätekommentar[14]) — ohne allerdings ein Wort der Begründung zu geben — kurzerhand auf den Oertmannschen Aufsatz im „Recht" Jahrg. 1910, S. 585 ff. Auch Biermann[15]) und Staudinger-Kober[16]) stimmen den Darlegungen Oertmanns zu. Planck-Brodmann scheint ebenfalls in der neueren Auflage seines Sachenrechts[17]) der Wolff-Oertmannschen Lehre zu folgen. Er drückt ungefähr das, was Oertmann positiv ausspricht, negativ aus, indem er sagt, daß „der Anspruch (des früheren Eigentümers) auf Rückgabe, der auch bestände, wenn es zur Uebereignung gekommen wäre, nicht dadurch untergeht, daß der Mangel des Uebereignungsgeschäfts durch Ersitzung ausgeglichen wird" [18]).

Wir werden, um eine umfassende Kritik zu ermöglichen, gut tun, die Lehre Oertmanns möglichst ausführlich darzustellen.

Oertmann stimmt zunächst Wolff darin zu, daß er in den Fällen, wo eine gestohlene Sache durch Verfügung eines Nichtberechtigten an einen Redlichen gelangt ist und dieser dann durch Ersitzung Eigentümer der Sache geworden ist, einen Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer geben will. Er kommt zu diesem Ergebnis an Hand mehrerer Römischer Quellenstellen, wobei er sich neben der von Wolff zitierten lex 15, § 1, D. 12, 6 auf zwei weitere Digestenstellen, nämlich die lex 13, pr., D. 39, 6 und die lex 33, D. t. c. 39, 6 beruft.

In lex 15, § 1, D. 12, 6 heißt es:

Sed et si nummi alieni dati sunt, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quem admodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissent, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi

14) § 937, Anm. 1.
15) § 937, Ziff. 2.
16) § 937, Anm. 4.
17) Jahrg. 1920, § 937, Anm. 3.
18) § 937, Anm. 3.

temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.

Die zweite von Oertman zitierte Stelle (lex 13, pr., D. 39, 6) heißt folgendermaßen:

Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest sed ego, si convaluero.

Dann heißt es weiter in lex 33, D. 39, 6:

Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit non ab eo videretur cepisse, cuius res fuit, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

Es mag Oertmann ohne weiteres zugestanden werden, daß der Satz, der dem Veräußerer — nicht dem Voreigentümer — gegenüber dem Ersitzer einen Bereicherungsanspruch gibt, nach den angeführten Digestenstellen für das Römische Recht unbedingt zutreffend ist[19]). Für unser geltendes Recht muß jedoch eine entsprechende Anwendung dieses Satzes in Abrede gestellt werden, wie die Beantwortung der Frage nach dem Sinn und Zweck unseres heutigen Ersitzungsinstitutes ergeben wird. Zunächst wollen wir jedoch die Beweisführung Oertmanns zu Ende betrachten und prüfen, ob die andern Gründe, die Oertmann für die Richtigkeit seiner Lehre anführt, einer Kritik standhalten können. Auch wir sind mit Oertmann der Auffassung, daß es im allgemeinen empfehlenswert ist, dort, wo das Bürgerliche Gesetzbuch nur wenig Anhaltspunkte für die Entscheidung einer Streitfrage gibt, Belehrung im Römischen Recht zu suchen. Dabei wird man jedoch immer zu berücksichtigen haben, wieweit eine Anwendung römisch-rechtlicher Quellen auf das in Frage stehende Institut des Bürgerlichen Rechts zulässig ist. Oertmann stellt denn auch noch fest, daß uns die Stellen, auf die er sich bezieht, formell nicht binden, gerät dann aber schon im folgenden Satz vollkommen in den Bann des Römischen Rechts und macht sich auch davon bis zum Schluß seiner Untersuchungen nicht mehr frei. Oertmann sagt zwar, er wolle nur Belehrung suchen, merkt dann aber selbst nicht, daß er, statt genau abzuwägen, inwieweit sich eine Anwendung der römisch-rechtlichen Ersitzungsvorschriften

19) Dies gegen Haymann (Jherings Jahrb. Bd. 77, S. 268 ff.), der behauptet, die zitierten Stellen stammen nicht von den Klassikern, sondern von den Byzantinern.

auf die Ersitzung des geltenden Rechts rechtfertigen läßt, bedenkenlos, nur weil es billig im Ergebnis scheint, das, was in Rom rechtens war, auf das Bürgerliche Recht überträgt. Es fehlt also auch im Gedankengange Oertmanns, genau wie bei Wolff, ein wichtiges Glied: Bevor er sich zur Begründung seiner Entscheidung auf das Römische Recht bezog, mußte er prüfen, ob unser heutiges Recht der Ersitzung die gleiche Bedeutung beimißt wie das Römische Recht, oder ob die Ersitzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht doch in ihrem Wesen von der römisch-rechtlichen usucapio erhebliche Abweichungen zeigt. Wer sich diese Frage allerdings nicht stellt, der muß, wie Oertmann und Wolff, zu dem Ergebnis kommen, daß ein Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzer besteht. Unsere Betrachtungen im zweiten Teil der Arbeit werden zu zeigen haben, von welcher Wichtigkeit die grundsätzliche Stellungnahme zu dieser Frage für unser Problem ist.

Es scheint, als wenn Oertmann in der Richtigkeit dieser römischrechtlichen Einstellung durch das erzielte Ergebnis noch bestärkt worden wäre, das nach seiner Ansicht das einzig annehmbare sein soll. „Im andern Falle", so sagt Oertmann unter Hinweis auf das in lex 15, § 1, D. 12, 6 gegebene Beispiel, „würde derjenige besser stehen, dem die Nichtschuld mit fremden Münzen gezahlt ist, als der Empfänger eigener Stücke des Gebers. Jener würde, wenn gutgläubig, nach Ablauf von 3 Jahren, der Justinianischen Ersitzungszeit bei Mobilien, gegen alle, auch persönlichen Rückforderungsansprüche des Gebers oder des Dritteigentümers gefeit sein, während dieser auf die lange Zeit von 30 Jahren hinaus dem Bereicherungsanspruch ausgesetzt bliebe"[20]). In der Tat scheint eine solche unterschiedliche Behandlung beider Fälle auf den ersten Blick höchst unbillig zu sein. Wenn wir aber genauer hinsehen und uns darüber klar werden, wie denn im einen und im andern Falle die Sachen in die Herrschaft des Empfängers gelangt sind, so werden wir erkennen, daß beide Fälle doch nicht mit solch zwingender Notwendigkeit eine gleiche Behandlung erheischen, wie Oertmann das meint. Das geht m. E. schon daraus hervor, daß beim Traditionserwerb der Empfänger sein Eigentum der Verfügung des Veräußerers verdankt, während

20) „Recht" 1910, S. 589.

doch bei der Ersitzung einer gestohlenen Sache (im Römischen Recht: bei der Ersitzung einer fremden Sache) der Rechtserwerb nicht auf diesem Tätigwerden des Veräußerers, sondern auf dem eigenen guten Glauben des Ersitzenden und dem langen Innehaben der Sache, also auf Umständen beruht, die nicht in der Mitwirkung des Veräußerers, sondern in der Person des Ersitzenden selbst zu suchen sind. Im übrigen ist aber auch Oertmann gegenüber das zu wiederholen, was schon zur Widerlegung der Wolffschen Lehre ausgeführt wurde, daß nämlich eine Bereicherungshaftung dem Veräußerer gegenüber aus den genannten Gründen in keinem Falle aus den §§ 812, 818 BGB. herzuleiten ist.

Wir haben also gesehen, daß Oertmann zunächst auch grundsätzlich einen Bereicherungsanspruch des Voreigentümers nicht gestatten will, sondern daß nur dort, wo auch bei Traditionserwerb ein Bereicherungsanspruch bestehen würde, auch der Ersitzer zur Herausgabe des Wertes nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet sein soll. Diesen Anspruch gibt er dem Veräußerer und nicht dem Eigentümer. Nun will aber Oertmann auch schon in seiner ersten Abhandlung doch in einem Ausnahmefalle dem Voreigentümer selbst einen Bereicherungsanspruch geben, nämlich für den Fall, daß ein Nichtberechtigter eine fremde gestohlene Sache dem Empfänger geschenkt hat und der Beschenkte sie ersessen hat. Begründet wird die Ausnahme mit Billigkeitserwägungen: Im Falle der Beschenkung mit einer nicht gestohlenen Sache durch den Nichtberechtigten würde der Erwerber — seine Gutgläubigkeit vorausgesetzt — sofort Eigentum erworben haben. Nach § 816 Abs. 1, Satz 2 trifft jedoch, falls die durch einen Nichtberechtigten vorgenommene Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, unentgeltlich erfolgt ist, die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, also hier den Beschenkten. Da nun der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung der dreißigjährigen Verjährung unterliegt, so kann also der Voreigentümer 30 Jahre lang vom Beschenkten die Herausgabe der Bereicherung verlangen.

Diesem Fall der redlichen fremden Sache stellt Oertmann den gegenüber, daß die dem Empfänger geschenkte Sache dem

Eigentümer gestohlen war. Bei dieser Sachlage konnte der Erwerber wegen § 935 trotz guten Glaubens nicht sofort Eigentum erlangen, sondern wurde erst nach zehnjährigem gutgläubigen Eigenbesitz im Wege der Ersitzung Eigentümer. Wir stehen also vor der Tatsache, daß bei Versagung eines Bereicherungsanspruchs gegen den Beschenkten und Ersitzer der Erwerber einer gestohlenen Sache besser stehen würde als der Erwerber einer nicht mit diesem Makel behafteten Sache, denn der Ersitzer einer gestohlenen Sache haftet nur 10 Jahre lang, während beim redlichen Eigentumserwerb einer nicht gestohlenen Sache der Erwerber dreißig Jahre lang dem Bereicherungsanspruch ausgesetzt ist. Oertmann glaubt sich mit diesem Ergebnis nicht befreunden zu können. Er bezeichnet beide Fälle als gleichliegend[21]) und hält infolgedessen eine verschiedene Behandlung für geradezu verrückt. Aber auch hier müssen wir wieder eine Lücke in der Oertmannschen Beweisführung feststellen. Denn sind in der Tat beide Fälle so vollkommen dieselben? Wir werden, um dies feststellen zu können, wieder dort ansetzen müssen, daß im einen Falle das Eigentum durch Einigung und Uebergabe, im andern jedoch durch Ersitzung begründet ist. Die unterschiedliche Entscheidung der sonst sich deckenden Fälle kann also nur in der Verschiedenheit des Eigentumserwerbs begründet sein. Oertmann sieht aber einen solchen Unterschied nicht; für ihn ist ganz selbstverständlich die Ersitzung des Bürgerlichen Rechts nur das, was sie im Römischen Recht war, nämlich offenbar „nur dazu bestimmt, den anfänglichen Traditionsmangel auszugleichen"[22]). Daß dies nach Römischem Recht der Zweck der Ersitzung war, wird von uns anerkannt. Doch können wir uns für das geltende Recht nicht damit begnügen, zu sagen, „daß diese gleichartige Behandlung der Natur der Sache wie auch der rechtspolitischen Abwertung entspreche und daher auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten müsse"[23]). Wir werden vielmehr erst einmal die beiden Ersitzungsinstitute (des Römischen und Bürgerlichen Rechts) in Zweck und Wesen mit einander vergleichen müssen und erst dann zu einer endgültigen Beantwortung der Frage kommen können.

21) Recht d. Schuldverhältn. 2. Abt. S. 1330.
22) „Recht" 1910, S. 590.
23) a.a.O. S. 591.

Bevor wir hierzu übergehen, wollen wir aber den letzten Schritt Oertmanns verfolgen, den er im Verfolge seiner Auffassung macht.

War Oertmann zu dem Ergebnis gekommen, daß da, wo bei vorliegendem Traditionserwerb ein Bereicherungsanspruch zu geben sei, ein solcher auch bei Eigentumserwerb durch Ersitzung zugebilligt werden müsse, so wird es uns interessieren, welche Stellung denn Oertmann in den Fällen einnimmt, wo der Besitz der Sache nicht durch Uebergabe, sondern durch einseitigen Aneignungsakt erlangt ist, und das Eigentum nachher ersessen wurde. Wenn man berücksichtigt, daß Oertmann bei der ersessenen Sache dort eine Kondiktion zulassen will, wo schon die Besitzerlangung des Erwerbsgrundes ermangele, so sollte man annehmen, daß er auch in diesem Falle der Besitzerlangung durch einseitigen Aneignungsakt einen Bereicherungsanspruch geben würde. Vor dieser Konsequenz seiner Lehre schrickt Oertmann jedoch zurück und zwar deshalb, weil er hier den Umkehrschluß aus § 951, der ihm sonst ganz belanglos erscheint, plötzlich für bedeutsam hält. Es ist aber nicht einzusehen, aus welchem Grunde eine nach erfolgter Besitzübertragung ersessene Sache wiederum anders behandelt werden soll, als eine nach erfolgter Besitzoccupation ersessene Sache. In beiden Fällen wird erst durch die Ersitzung das Eigentum erworben. Wenn aber, wie Oertmann doch sagt, die Ersitzung lediglich den Mangel des anfänglichen Erwerbs ausgleichen soll, so muß dies doch hier wie dort ihre Wirkung sein. Bei der durch einseitigen Aneignungsakt erworbenen Sache will dann aber Oertmann vor allem mit Rücksicht auf die Regelung bei der Fundfrage in § 977 anders entscheiden, und hier keinen Bereicherungsanspruch zulassen: „Wenn der zum Eigentümer gewordene Finder, der doch mit der Fremdheit der Sache hat rechnen müssen und tatsächlich gerechnet hat (denn andernfalls hätte er die Sache nicht als Fund behandelt), nur noch drei Jahre einer Bereicherungshaftung ausgesetzt ist, so kann der gutgläubige Occupant der von einem Nichtberechtigten oder einem geschäftsunfähigen Berechtigten aufgegebenen Sache nicht wohl einer längeren, also schärferen Erstattungspflicht ausgesetzt werden, — das wäre nahezu eine rechtspolitische Unmöglichkeit“ [24]). Hiernach soll also die Er-

24) „Recht“ 1910, S. 594.

sitzung einmal — nämlich im Falle der Besitzerlangung durch einseitigen Aneignungsakt — ein uneingeschränktes Behaltendürfen der Sache nach sich ziehen, im andern Falle — da, wo der Besitz durch Tradition erlangt ist — soll sie noch Raum für einen Bereicherungsanspruch lassen. Eine solche unterschiedliche Behandlung der Ersitzungsfigur aus Gründen der Rechtspolitik kann aber nicht gutgeheißen werden, bevor wir uns nicht darüber klar geworden sind, ob denn die Ersitzung nicht, wie eine jede Rechtsfigur, eine bestimmte sich gleich bleibende Bedeutung hat, die man nicht ohne weiteres hinter rechtspolitischen Erwägungen zurückdrängen darf. Eine entgegengesetzte Methode muß in ihrer Beweisführung lückenhaft sein und zu einer verderblichen Unsicherheit im Rechtsleben führen, denn es geht nicht an, bei der sonst gleichen Rechtslage, nur weil es billiger erscheint, im einen Falle einen Bereicherungsanspruch zu bejahen und im andern nicht. Entweder muß der Ersitzer in allen oder aber in keinem Falle aus ungerechtfertigter Bereicherung haftbar sein.

Andererseits ist übrigens absolut nicht einzusehen, welcher Grund dafür bestehen sollte, den Ersitzungserwerber nun gerade mit dem Traditionserwerber zu vergleichen; m. E. haben wir viel eher Ursache, den Ersitzungserwerber — als einen originären Erwerber — mit den andern originären Eigentumserwerbern des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu vergleichen und die Wirkungen der Ersitzung nach dem Ergebnis dieser Vergleiche zu beurteilen, statt daß wir den Ersitzungserwerb mit dem Traditionserwerb gleichsetzen, ohne geprüft zu haben, ob beide dasselbe oder doch zum mindesten wesensverwandt mit einander sind.

Hatte Oertmann in seinem ersten Aufsatz ganz allgemein gesagt, daß die Ersitzung den Bereicherungsanspruch unter den gleichen Voraussetzungen bestehen lasse, als wenn der Erwerber das Eigentum sofort durch Einigung und Uebergabe erlangt hätte, so sieht er sich in seinem zweiten Aufsatz zu einer Abänderung seiner Auffassung veranlaßt. Während er früher — beeinflußt von den Römischen Quellen — einen Bereicherungsanspruch des Veräußerers annahm, und dem alten Eigentümer nur in den oben angeführten Ausnahmefällen einen Anspruch gab, glaubt er in seiner zweiten Abhandlung hieran nicht mehr festhalten zu können, sondern will jetzt überall, wo er nach

dem obigen einen Anspruch überhaupt bejaht, diesen nicht mehr dem Veräußerer, sondern in jedem Falle dem Voreigentümer geben: „Bekommt der alte Eigentümer gegen den gutgläubigen, aber des Rechtsgrundes entbehrenden Erwerber den Bereicherungsanspruch sofort, so muß er ihn folgerecht gegen den nicht sofort Erwerbenden vom Augenblick der vollendeten Ersitzung ab bekommen. Das Gegenteil wäre direkter Widersinn“ [25])[26]). Zur Erläuterung bringt Oertmann folgendes Beispiel: „Verfügt jemand unentgeltlich über meine gestohlene Sache, so kann mir die Wiedererlangung nicht schon nach zehn Jahren versagt sein, wenn ich die nicht gestohlene innerhalb von 30 Jahren, nämlich bis zur vollendeten Verjährung des Bereicherungsanspruchs, hätte zurückfordern können“[27]). Zur Kritik dieser Ansicht mag vorläufig nur gesagt werden, daß es eigenartig anmutet, wenn Oertmann zunächst von dem großen autoritativen Wert der Römischen Quellen spricht und gerade mit Rücksicht auf sie dem Veräußerer einen Bereicherungsanspruch zubilligt, dann aber in der zweiten Abhandlung sich in direkten und bewußten Gegensatz zu den Quellen setzt, sodaß nach Oertmanns eigenen Ausführungen nur die Billigkeit als einzige Stütze seiner Auffassung bleibt, wobei man übrigens, wie später zu erörtern ist, geteilter Ansicht sein kann darüber, welche Ansicht im Ergebnis die wahrhaft billige ist. Nur, weil er den Eigentümer einer gestohlenen Sache gleichgestellt wissen will mit dem früheren Eigentümer einer nicht gestohlenen Sache, kehrt sich Oertmann von den Quellenstellen ab, die ihm 5 Jahre früher, in seinem ersten Aufsatz, als wertvolle Stützen seiner Auffassung erschienen. Am erstaunlichsten aber ist die

25) „Recht“ 1915. S. 516.

26) Wenn Oertmann einmal den Bereicherungsanspruch dem Veräußerer, das andere Mal dem Voreigentümer zubilligt, so scheint dies auch nicht zuletzt die Folge einer Unklarheit zu sein, die bei Oertmann wiederholt auftaucht. Oertmann sieht nämlich nicht den scharfen Unterschied, welcher besteht zwischen dem Bereicherungsanspruch des sine causa Leistenden (§ 812 BGB.) und dem Bereicherungsanspruch dessen, der durch die wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 816) einen Rechtsverlust erlitten hat. Im letzteren Falle handelt es sich m. E. um eine Bereicherung „auf sonstige Weise“, und der Anspruch richtet sich in diesem Falle gegen den Verfügenden, nicht gegen den Erwerber der Leistung; (abgesehen allerdings von dem Falle der unentgeltlichen Verfügung, (§ 816, I, 2), denn hier ist auch derjenige der auf Grund dieser Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, — also der Erwerber der Leistung, — zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet).

27) a.a.O.

Begründung, die Oertmann für die Aenderung seines Standpunktes gibt. Er sagt nämlich, daß die entgegenstehenden Römischen Quellen angesichts der großen Aenderungen, die das Recht der Ersitzung wie auch der Bereicherungslehre gerade in den hier einschlägigen Fragen (besonders durch den dafür maßgebenden § 816 und auch § 951) erlitten habe, nicht mehr ohne weiteres verwendbar seien. Abgesehen davon, daß Oertmann in der eigenen Weiterentwicklung seiner Lehre also nicht konsequent bleibt, fragen wir uns aber weiter, ob denn die „großen Aenderungen", von denen Oertmann spricht, nun trotzdem unbedingt zu einem dem Römischen Recht im großen Ganzen entsprechenden Ergebnis führen müssen, ob also das Oertmannsche Ergebnis wirklich, wie er sagt, das einzig annehmbare ist, oder ob nicht noch andere Betrachtungen — die großen Aenderungen im Recht der Ersitzung als richtig unterstellt und von uns anerkannt — zu einem andern Ergebnis führen können.

III. Zweiter Hauptteil:
DER SINN UND ZWECK DER ERSITZUNG UND DIE RATIO DES BEREICHERUNGSANSPRUCHS.

§ 7. Die ratio des Bereicherungsanspruchs.

Der Ausgangspunkt für eine solche Erörterung über Sinn und Zweck der Ersitzung muß, wie schon gesagt, ein Wesensunterschied zwischen der römischrechtlichen usucapio und der bürgerlichrechtlichen Ersitzung sein, scheint aber auch im Zusammenhang mit der ratio unseres heutigen Bereicherungsanspruches zu stehen. Um diesen Wesensunterschied zu ergründen, wollen wir einerseits eine Untersuchung darüber anstellen, worin die einzelnen Unterschiede zwischen der römischen usucapio bezw. longissimi temporis praescriptio und der Ersitzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen, und dann überhaupt versuchen, Wesen und Zweck der bürgerlichrechtlichen Ersitzung zu bestimmen.

Stellen wir vorher die Frage nach der ratio des Bereicherungsanspruches, so erscheint uns das, was Otto von Gierke[1]) darüber sagt, den Kern der Sache am besten zu treffen: „Der leitende Gedanke, dem das Gesetz bei der Gewährung des Bereicherungsanspruches folgt, ist die Herbeiführung eines Aus-

1) Bd. 3, S. 995 f.

gleiches zwischen formellem und materiellem Recht im Sinne der sozialen Gerechtigkeit. Auf der einen Seite ist erforderlich, daß eine Vermögensverschiebung mit rechtlicher Wirkungskraft eingetreten ist, es muß wirklich Eigentum oder ein sonstiges Recht übergegangen, ein Recht erloschen, belastet, oder sonst nachteilig verändert, eine Verbindlichkeit entstanden sein. Auf der andern Seite aber wird vorausgesetzt, daß das Gesetz demselben Rechtserfolge, der im Einklange mit seinen Bestimmungen eingetreten ist, die innere Berechtigung abspricht" [2]). Ganz unzweifelhaft gilt dies für die im 24. Teil, 7. Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse aufgeführten typischen Anwendungsfälle des Bereicherungsanspruchs. Ob nun aber in den mannigfaltigen Fällen, wo das Gesetz außerhalb des Titels über ungerechtfertigte Bereicherung auf deren Vorschriften verweist, es hiermit jedesmal den Tatbestand bestimmen will, der die Herausgabepflicht erzeugt, oder ob es nur den Umfang der Ausgleichungspflicht umreißen will, ist schon zweifelhaft. Noch komplizierter ist die Frage aber dort, wo das Gesetz bei einer sachenrechtlichen Rechtsänderung vollkommen darüber schweigt, ob ein Bereicherungsanspruch zuzulassen ist, wie z. B. in unserm Falle der Ersitzung, oder auch bei dem in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogenen Bienenschwarm (§ 964 BGB.). Dies Schweigen des Gesetzes bringt uns nun auf die Frage, ob etwa die im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Bereicherungsansprüche eine erschöpfende Aufzählung der vom Gesetzgeber beabsichtigten Ausgleichungsansprüche darstellt. Daß dies gewiß nicht der Fall ist, ist einhellige Auffassung, und kann auch wohl angesichts dessen, daß der einen Rechtsverlust für den Eigentümer bewirkende Verbrauch fremder Sachen — auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung — einen Bereicherungsanspruch erzeugen muß, nicht mehr angezweifelt werden. Andererseits genügt aber, wie Gierke [3]) richtig erkennt, zur Gewährung eines Bereicherungsanspruches nicht jede beliebige Unbilligkeit einer erfolgten Vermögensverschiebung, vielmehr bedarf es dazu „einer den anerkannten Fällen gleichwertigen Diskrepanz zwischen dem formalrechtlichen Ergebnis und der materiellen Gerechtigkeit" [4]). Und wenn Gierke [5]) weiter sagt,

2) Gierke, a.a.O.
3) Gierke, a.a.O.
4) a.a.O.
5) a.a.O.

daß jedenfalls der Bereicherungsanspruch dann ausgeschlossen sei, wenn sich aus Sinn und Zweck eines Gesetzes ergibt, daß der von ihm an einen Tatbestand geknüpfte Rechtsverlust den endgültigen Verlust des Vermögenswertes einschließen soll, so scheint uns dieser Satz der gegebene Ausgangspunkt für unsere weiteren Betrachtungen zu sein, inwieweit sich nämlich Wesen und Zweck der römischen Ersitzung (die einer condictio Raum ließ), vom Wesen und Zweck unserer bürgerlichrechtlichen Ersitzung unterscheiden[6]).

§ 8. Die Unterschiede zwischen der usucapio des Römischen Rechts und der Ersitzung des Bürgerlichen Rechts.

Betrachten wir zunächst einmal die Ersitzung des Römischen Rechts. Schon in den Zwölf Tafeln finden wir die usucapio, die einen Eigentumserwerb auf Grund anhaltenden Besitzes gewährt. Da diese usucapio allerdings — als ein Institut des ius civile — auf Römische Bürger beschränkt war, bildete sich in den Provinzen auf Grund der Edikte der Statthalter eine zweite Form der Ersitzung für provinzielle Grundstücke heraus: die praescriptio longi temporis. Während die usucapio der Zwölf Tafeln lediglich gutgläubigen Besitz und einjährigen (für bewegliche Sachen) bezw. zweijährigen (für Grundstücke) Zeitablauf verlangte, waren zur praescriptio longi temporis erforderlich: 1. gutgläubiger Besitz, 2. ein rechtmäßiger Titel, 3. zehnjähriger (inter praesentes) bezw. zwanzigjähriger (inter absentes) Zeitablauf, alldanach also, ob der Gegner in der gleichen oder aber einer fremden Provinz domiziliert war.

6) Sehr bemerkenswert und richtungweisend sind auch die kurzen Ausführungen, die Jung in seiner Schrift: „Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes" auf S. 33 ff. zu unserer Frage macht. Jung hält es zwar theoretisch durchaus für möglich, daß ein ersessener Wert kondizierbar bleiben könne. Dies ließe sich damit begründen, daß die Ersitzung nur das Verhältnis zwischen den Beteiligten und der Gesamtheit, nicht aber das Verhältnis zwischen den Beteiligten untereinander regeln wolle. Dann aber stellt Jung — und das ist m. E. das Entscheidende — darauf ab, was für Wirkungen denn die Ersitzung des heutigen Rechts nach ihrem Sinn und Zweck nach sich zieht. Er kommt hierbei zu dem Endergebnis, „daß es nur weitere Erwägungen aus dem Zwecke des Instituts sind, die die Kondiktion ausschließen, daß nämlich ein Rückgriff auf die Zeit von vor 10 Jahren nunmehr auch für das obligatorische Verhältnis zum Ersitzungsgegner ausgeschlossen sein soll, damit auch nicht so indirekt die seinerzeitige Art der Erlangung der Sache wieder beweisfällig werden kann." (a.a.O. S. 35).

Das Justinianische Recht verschmolz dann diese beiden Ersitzungsformen zu einem einzigen Institut: Als Ersitzungsform an Grundstücken galt jetzt die possessio longi temporis mit zehn- bezw. zwanzigjähriger Ersitzungszeit; als Ersitzungsform an beweglichen Sachen wurde die usucapio beibehalten, allerdings mit einer Verlängerung der Ersitzungszeit von einem auf drei Jahre, so daß also nunmehr Voraussetzung der usucapio war: 1. gutgläubiger Eigenbesitz, 2. ein rechtmäßiger Erwerbsgrund, (iustus titulus), 3. dreijähriger Zeitablauf.

Neben dieser usucapio oder ordentlichen Ersitzung führte dann Justinian eine neue Form der Ersitzung ein: die longissimi temporis praescriptio (außerordentliche Ersitzung). Ihr Zweck war, dem Besitzer, der keinen Titel für seinen Erwerb hatte, oder der diesen nicht mehr beweisen konnte, dennoch die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs zu geben, wenn er dreißig oder vierzig Jahre lang bona fide besessen hatte. Der Ersitzer sollte hiernach also einmal nach Ablauf der Verjährung des Eigentumsanspruches nicht mehr in Anspruch genommen werden dürfen, andererseits aber sollte er seinerseits mit dem gleichen Zeitpunkt die Stellung eines rechtmäßigen Eigentümers einnehmen und sein Eigentum auch jedem Dritten gegenüber im Wege der Klage geltend machen dürfen.

Vergleichen wir nun diese römischen Rechtsfiguren mit der Ersitzung des § 937 BGB., so können wir die possessio longi temporis als Ersitzungsform an Grundstücken von vornherein ausscheiden, da das BGB. eine Ersitzung an Immobilien, abgesehen von den Fällen der §§ 900 und 927 BGB. nicht kennt. Bezüglich der usucapio und der Ersitzung nach § 937 ist jedoch neuerdings wieder von Bödecker[1]) versucht worden, nachzuweisen, daß die Ersitzung des BGB. keinen andern Zweck und keine anderen Wirkungen aufzuweisen habe, als die usucapio des Römischen Rechts. Zur Begründung dieser Ansicht kann Bödecker jedoch, wie auch Oertmann und Wolff nur anführen, daß das Ergebnis der Entscheidung billiger sei, d. h. billiger von ihrem Standpunkt aus, daß nämlich die Ersitzung nur die Heilung eines mangelhaften Erwerbsaktes sei. Eine Untersuchung darüber, welche Unterschiede zwischen beiden

1) a.a.O. S. 37 ff.

Instituten bestehen, und ob diese Unterschiede nicht vielleicht zu einer andern Stellungnahme zwingen, stellen sie nicht an. Das gibt uns Anlaß, die Unterschiede, die uns in der Struktur beider Institute auffallen, aufzuzeigen, und sodann festzustellen, inwiefern sich aus ihnen Wesensunterschiede ergeben. Der Zweck der Ersitzung im Römischen Recht entspricht im Wesentlichen dem Zweck des gutgläubigen Eigentumserwerbs nach Bürgerlichem Recht. Der gutgläubige Erwerb des Bürgerlichen Rechts nimmt heute den Platz ein, den im Römischen Recht die Ersitzung innehatte; denn es war doch im Römischen Recht so, daß der Käufer einer Sache immer darauf gefaßt sein mußte, daß sich eines Tages herausstellte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache gewesen war, und daß nun der wahre Eigentümer ihm die Sache wieder streitig machte. Hier eine gewisse Klarheit und Sicherheit in den Eigentumsverhältnissen zu schaffen, war der Zweck der Ersitzung im Römischen Recht. Durch sie erwarb der Ersitzer, unabhängig davon, ob er die Sache vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer erlangt hatte, nach Ablauf der gesetzlich festgesetzten Zeit originäres Eigentum. Wie schon ausgeführt, ist das Bürgerliche Gesetzbuch dieser doch verhältnismäßig langdauernden Zweifelhaftigkeit der Rechtslage und deshalb verkehrsfeindlichen Regelung durch die Einführung des Hand-wahre-Hand-Prinzips entgangen, so daß also der Gesichtspunkt, dem gutgläubigen Erwerber zu Hilfe zu kommen, und ihm durch Ersitzung Eigentum zu verschaffen, für die Gesetzgeber des BGB. bei weitem nicht von so umfassender Bedeutung gewesen sein kann wie im Römischen Recht, da ja das Bedürfnis eines Schutzes für den gutgläubig vom Nichtberechtigten Erwerbenden durch Einführung des Hand-wahre-Hand-Prinzips befriedigt war. Es bedurfte also einer besonderen Sicherung der Verkehrsverhältnisse nur für die verhältnismäßig seltenen eingangs dieser Arbeit aufgeführten Fälle. Im Römischen Recht trat aber doch die usucapio ganz ungleich häufiger in die Erscheinung. Die ganze Rechtslage in den Eigentumsverhältnissen wäre verschwommen und unklar gewesen, wenn nicht das Gesetz einerseits dem gutgläubigen Erwerber, der sich als Eigentümer wähnte, möglichst bald die volle Rechtsstellung eines Eigentümers gegeben hätte, und andererseits den unerträglichen Zustand, der durch diese Zweifelhaftigkeit in den Eigentumsverhältnissen nach außen

hin bewirkt wurde, beseitigte, indem es dem Erwerber in der Ersitzung die Möglichkeit eines originären Erwerbs gab. Dadurch wurde eben nachträglich das Ergebnis erzielt, welches wegen Fehlens einer Voraussetzung bei sonst rechtmäßigem Erwerb nicht gleich bei Besitzerlangung eintreten konnte.

Das Merkmal des rechtmäßigen Erwerbs bringt uns auf den eklatantesten Unterschied zwischen usucapio und bürgerlichrechtlicher Ersitzung, daß nämlich das Römische Recht zu einer wirksamen Ersitzung einen iustus titulus für die Besitzerlangung erforderte, während nach Bürgerlichem Recht die Ersitzung ohne Rücksicht auf einen der Besitzerlangung zugrundeliegenden Erwerbsgrund Platz greift, sofern nur der Ersitzer an sein Eigentum glaubt, und während des ganzen Laufs der Ersitzungszeit ununterbrochen geglaubt hat. Der zweite Unterschied liegt in der Verschiedenheit der Ersitzungszeit. In Rom wurden bewegliche Sachen in drei Jahren usucapiert, nach Bürgerlichem Recht beträgt die Ersitzungszeit zehn Jahre. Als dritter Unterschied ist der zu nennen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keinen Unterschied mehr macht zwischen res habiles und res inhabiles; während z. B. nach Römischem Recht die res furtivae nicht Gegenstand der usucapio sein konnten, sind nach Bürgerlichem Recht alle beweglichen Sachen, einerlei, ob gestohlen oder nicht, einer Ersitzung fähig.

Bei der Erörterung dieser Unterschiede sind wir uns darüber im Klaren, daß die festgestellten Verschiedenheiten nicht die Wirkungen beider Institute direkt betreffen, sondern daß es nur Unterschiede in ihren Voraussetzungen sind. Wir werden jedoch aus dieser Verschiedenheit der Voraussetzungen, wenn sie wesentlich andere sind, auf einen verschiedenen Sinn, einen verschiedenen Zweck der Institute zu folgern haben. Aus einer solchen festgestellten Wesensverschiedenheit läßt sich dann wiederum eine Verschiedenheit in den Wirkungen schließen und erklären.

Die Notwendigkeit eines iustus titulus im Römischen Recht spricht in hohem Maße dafür, daß die usucapio keine selbständige Eigentumserwerbsart sein, sondern daß sie nur in Gemeinschaft mit einem die Besitzerlangung rechtfertigenden Titel zum Eigentumserwerb führen sollte, daß sie also lediglich eine Lücke des ursprünglichen Erwerbsaktes ausfüllen, einen Mangel desselben heilen sollte. Die Ersitzung im Römischen

Recht ist gleichsam nur der letzte Baustein zu dem sonst vollständig fertigen Gebäude des neuen Eigentums.

Demgegenüber bedarf es nach Bürgerlichem Recht nicht eines besonderen Erwerbstitels. Damit ist gerade die Voraussetzung, auf der im Römischen Recht der Schwerpunkt für den Eigentumserwerb lag, im heutigen Recht weggefallen. Nun ist es zwar richtig, daß wir im Erfordernis des guten Glaubens einen Abglanz des vom Römischen Recht geforderten titulus wiederfinden. Trotzdem aber würde es verfehlt sein, daraus zu entnehmen, daß sich in der Ersitzung des Bürgerlichen Rechts versteckt auch noch das Erfordernis des iustus titulus wiederfände. Es mag zugegeben werden, daß praktisch bona fides und iustus titulus oft zusammenfallen, da beim Vorliegen eines iustus titulus der Erwerber meist im guten Glauben sein wird. Das besagt aber doch nicht, wie Bödecker[2]) meint, daß nun immer im guten Glauben ein Erwerbstitel enthalten sei, sondern lediglich, daß, wo das eine Element sich findet, meist auch das andere vorliegen wird. Wäre der Rechtstitel in jedem guten Glauben verborgen, so hätte es im Römischen Recht gar nicht noch einmal der besonderen Anführung des Erfordernisses „iustus titulus" bedurft. Im Gegenteil, die Tatsache, daß nach Bürgerlichem Recht ein Eigentumserwerb durch Ersitzung ohne einen besonderen Erwerbstitel möglich ist, läßt darauf schließen, daß wir es hier mit einer selbständigen, von dem Akt der Besitzerlangung vollkommen abgelösten Form der Eigentumsverschaffung zu tun haben, die ganz auf eigenen Füßen steht und aus sich selbst heraus rechtsbegründend wirkt. Daß sie nicht nur heilenden Charakter wie die usucapio hat, geht auch daraus hervor, daß überhaupt unser Gesetzgeber mit keinem Wort auf die Vorgänge bei der Besitzerlangung eingeht.

Aber auch die Unterschiede in der Ersitzungszeit sind m. E. von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die verhältnismäßig kurze römischrechtliche Ersitzungszeit von einem Jahr und später drei Jahren kann m. E. nur richtig gewürdigt werden, wenn man sie im Zusammenhang mit dem Akt der Besitzerlangung betrachtet. Sollte dieser Zeitablauf, wie das z. B. bei der Verjährung des Eigentumsanspruches ist, als solcher eine rechtliche Wirkung, nämlich die des Eigentumserwerbs durch den

2) a.a.O. S. 41.

Ersitzenden nach sich ziehen, so müßte diese Zeit in Anbetracht der dreißigjährigen Verjährung des Eigentumsanspruchs als viel zu kurz angesehen werden. Auch aus diesem Grunde ist die kurze Ersitzungszeit des Römischen Rechts eben nur so zu verstehen, daß sie nur rückgreifend auf den Erwerbsakt und in Anlehnung an diesen zur Eigentumsverschaffung mitwirken sollte, ohne jedoch selbständig eine bestimmte Rechtswirkung herbeiführen zu sollen. Das Römische Recht setzt eben den Erwerbsakt, der den Besitz verschafft, in engste Beziehung zu dem nachträglichen Eigentumserwerb. Das rechtfertigt es auch, den dazwischenliegenden Zeitabschnitt verhältnismäßig kurz zu wählen, macht aber auch gleichzeitig eine kurze Ersitzungszeit geradezu zur Notwendigkeit mit Rücksicht auf die unerläßliche baldigste Klarheit in den Eigentumsverhältnissen.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Ersitzungszeit mehr als drei mal so lang gewählt hat, nachdem die zweite Kommission den Vorschlag einer fünfjährigen Ersitzungszeit abgelehnt hatte [3]), so darf man daraus wohl den Schluß ziehen, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs bewußt und absichtlich dem Erfordernis des Zeitablaufs eine ungleich größere Bedeutung beigemessen wissen wollten, als es im Gemeinen Recht gehabt hatte. Dies sprechen die Protokolle auch offen aus, wenn sie sagen, gerade, weil es möglich sei, daß durch die Anerkennung einer Ersitzung der materiell berechtigte Eigentümer sein Eigentum verliere, „müsse die Ersitzungsfrist so hoch bemessen werden, daß eine solche Verletzung materieller Rechte tunlichst vermieden werde" [4]). Es würde übrigens auch dem Sprach- und Rechtsgefühl widersprechen, nach einem Zeitablauf von zehn Jahren noch von einer Heilung eines bei dem zehn Jahre zurückliegenden Besitzerwerb unterlaufenen Mangels, der einen sofortigen Eigentumserwerb vereitelte, zu sprechen. Wir sehen also auch in der langen Ersitzungszeit ein Argument dafür, daß die Ersitzung des BGB. einen eigenen verselbständigten Erwerbsgrund für das Eigentum an der ersessenen Sache geben will.

Nicht minder bedeutsam ist auch der Unterschied, daß es in Rom an gewissen Sachen (res inhabiles) eine Ersitzung nicht

3) Protokolle, Bd. 3, S. 230.
4) Protokolle, a.a.O.

gab, während im Bürgerlichen Recht alle beweglichen Sachen ohne Ausnahme einer Ersitzung fähig sind; ja, gerade bei den res furtivae, die nach Justinianischem Recht zu den res inhabiles gehörten, tritt heute die Ersitzung praktisch überhaupt erst in die Erscheinung, wie wir eingangs dieser Arbeit gesehen haben; wo früher eine Ersitzung ausgeschlossen war, liegt heute gerade ihr wichtigstes Anwendungsgebiet; denn, da an nicht gestohlenen fremden Sachen heute bei gutem Glauben sofort Eigentum erworben wird, bleibt dort für eine Ersitzung gar kein Raum mehr.

Eine solche grundlegende Aenderung des Ersitzungsinstituts kann aber nicht ohne jeden Einfluß auf das Wesen der Ersitzung geblieben sein. Es handelt sich nicht nur um eine bloße Verschiebung des Tätigkeitsfeldes der Ersitzung, vielmehr hat der genannte Unterschied derartig die innere Struktur des Instituts berührt, daß von einer Gleichheit im Wesen der usucapio und der heutigen Ersitzung nicht die Rede sein kann. Wenn nämlich der Gesetzgeber heute den gutgläubigen Erwerber gestohlener Sachen nach zehn Jahren durch Ersitzung Eigentum erwerben läßt, so trifft er diese Regelung nicht deshalb, weil er damit einen Mangel, der bei der damaligen Besitzerlangung einen sofortigen Eigentumserwerb verhinderte, heilen will, — die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sind nach Ablauf von zehn Jahren schon derartig verdunkelt und verwischt, daß ein Zurückgreifen auf diese weit in der Vergangenheit liegenden Tatsachen nicht mehr angängig ist und vom Gesetz nicht beabsichtigt gewesen sein kann — sondern, weil er dem gutgläubigen Erwerber gestohlener Sachen, der bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt schutzlos war, mit Rücksicht auf die heilende Wirkung eines langen Zeitablaufs nach zehnjährigem gutgläubigen Eigenbesitz in der Ersitzung einen selbständigen materiellen Erwerbsgrund für das Eigentum an der Sache geben will.

Wenn wir nach dem Gesagten zu dem Ergebnis kommen, daß die Ersitzung des § 937 BGB. nicht gleichgesetzt werden kann mit der usucapio des Römischen Rechts, so scheint unsere heutige Ersitzung viel eher einem Vergleich mit der außerordentlichen Ersitzung des Römischen Rechts, der longissimi temporis praescriptio standzuhalten. Sowohl bei der longissimi temporis praescriptio wie bei unserer Ersitzung ist das Erfor-

dernis des iustus titulus fortgefallen; eine weitere Aehnlichkeit ist in der längeren Ersitzungszeit festzustellen, wenngleich die longissimi temporis praescriptio mit ihren dreißig Jahren wiederum ungleich länger war als die zehnjährige bürgerlichrechtliche Ersitzung. Doch wird sich dies aus den modernen Verkehrsbedürfnissen erklären. Wenn also Oertmann schon einmal die römischrechtliche Ersitzung mit unserer heutigen vergleichen wollte, so hätte er höchstens die longissimi temporis praescriptio, nicht aber die usucapio als die Vorläuferin unserer Ersitzung bezeichnen dürfen. Wir wollen jedoch die Frage, ob die longissimi temporis praescriptio wirklich das Vorbild unserer Ersitzung ist, dahingestellt sein lassen; die größere Aehnlichkeit mit der longissimi temporis praescriptio zeigt uns jedenfalls, daß eine Gleichsetzung von Ersitzung und usucapio keinesfalls gerechtfertigt ist.

§ 9. Ersitzung und Verjährung.

Haben wir danach festgestellt, daß der Zweck der heutigen Ersitzung nicht Heilung des mangelhaften Erwerbsaktes ist, so führt uns der Umstand, daß bei der Ersitzung durch Zeitablauf (wenn auch in Verbindung mit anderen Voraussetzungen) eine Rechtswirkung hervorgerufen wird, auf ein anderes Rechtsinstitut, bei dem auch durch Zeitablauf rechtliche Tatbestände verändert werden, nämlich auf die Verjährung. Bekanntlich wird ja die Ersitzung vielfach sogar — zum Unterschied von der rechtsvernichtenden Verjährung — als Aquisitivverjährung bezeichnet. So ist auch nach unserer Auffassung die Ersitzung tatsächlich nichts anderes, als eine besonders ausgebaute Form der Verjährung im weiteren Sinne; denn die Wirkung ist hier wie dort im Prinzip die gleiche; nämlich die, daß ein tatsächlicher Zustand, der lange Zeit hindurch unangefochten bestanden hat, mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit kraft positiver gesetzlicher Vorschrift in einen Rechtszustand umgewandelt werden soll. Es soll eben bei der Ersitzung wie auch bei der allgemeinen Verjährung derjenige, zu dessen Gunsten der Zustand besteht, nach Ablauf der bestimmten Zeit insofern geschützt sein, als er der Sorge enthoben sein soll, zu seiner Verteidigung auf weit in der Vergangenheit liegende Tatsachen zurückgreifen zu müssen, welche die lange Zeit verdunkelt hat,

deren Beweis also durch die lange Zeit sehr erschwert, wenn nicht geradezu unmöglich gemacht worden ist.

Um Irrtümern vorzubeugen, sei gesagt, daß wir keineswegs behaupten wollen, daß Ersitzung und Verjährung dasselbe seien, sondern lediglich, daß beide Institute auf ein und demselben Grundgedanken ruhen. Wir sehen sehr wohl die Unterschiede, die zwischen Ersitzung und Verjährung bestehen, behaupten jedoch, daß diese Unterschiede an dem beiden zugrundeliegenden gleichen gesetzgeberischen Grundgedanken nichts zu ändern vermögen. So ist es z. B. richtig, daß die Ersitzung aufbauenden, die Verjährung vernichtenden Charakter hat. Wenn man aber, wie Bödecker[1]) das tut, aus diesem Unterschied die Schlußfolgerung zieht, daß im Vordergrunde der Ersitzung der Gedanke stehe, daß der gutgläubige Erwerber, der lange Zeit unangefochten besaß, deswegen nicht mehr entsetzt werden soll, weil sein Erwerbsmangel geheilt ist, und seine Wirtschaft endlich sicher gehen muß, dagegen bei der Verjährung der Gedanke der sei, daß die Nichtausübung eines Rechtes durch lange Zeit Verdunkelung, Beweisschwierigkeit, Entstellung mit sich bringe, so ist dieser Schluß m. E. ein willkürlicher und könnte höchstens für das Römische Recht zutreffend sein; denn auch demjenigen, dem das Gesetz die Einrede der Verjährung gibt, gewährt es diese nicht zuletzt auch aus Gründen der Verkehrssicherheit, weil nämlich dem Beklagten nicht mehr zugemutet werden kann und soll, sich in Streitigkeiten, die durch langen Zeitablauf der Erinnerung entzogen sind, einlassen zu müssen; denn auch seine Wirtschaft muß endlich sicher gehen. Was aber andererseits von der Heilung des Erwerbsmangels durch die Ersitzung zu halten ist, haben wir bereits erörtert. M. E. ist es daher viel einleuchtender, in den Vordergrund der Ersitzung, wie bei der allgemeinen Verjährung den Gedanken zu stellen, daß die durch den langen Zeitablauf eingetretene Ruhelage in den Eigentumsverhältnissen nicht mehr (auch nicht schuldrechtlich) zum Gegenstand eines neuen Prozesses gemacht werden soll. So sehe ich mit Jung[2]) den Grundgedanken der Ersitzung in folgendem: „Ein längerer Zeitablauf führt allemal eine Verdunkelung und Beweiserschwerung herbei; ein großer Teil aller Rechtsstreitigkeiten besteht in Meinungsver-

1) a.a.O. S. 23.
2) Bürgerliches Recht, S. 693.

schiedenheiten über die Tatsachen, und die Gefahr solcher Meinungsverschiedenheiten ist naturgemäß vermehrt und verschärft, wenn die rechtsbegründenden und deshalb im Bestreitungsfall zu beweisenden Tatsachen zeitlich sehr weit zurückliegen. Durch die Androhung des Rechtsverlustes, der dem Berechtigten bevorsteht, wenn er sein Recht nicht beizeiten geltend macht, soll er veranlaßt werden, sein Recht zu einer Zeit geltend zu machen, zu der die rechtserheblichen Tatsachen noch der näheren Vergangenheit angehören und deshalb noch der Erinnerung von Beteiligten und etwa nötigen Zeugen näher liegen" [3]). Nur wenn man so den Sinn der Ersitzung sieht, kommt man zu einer einheitlichen sich stets gleichbleibenden Rechtsfigur und zu einer zweckentsprechenden Wirkungsweise derselben, die doch im Interesse der Verkehrssicherheit zwingend eine unabwandelbare sein muß. Würde man aber nach vollendeter Ersitzung noch einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewähren, so würde dadurch doch indirekt die ganze Wirkung der Ersitzung illusorisch gemacht werden. Die durch den dazwischenliegenden Zeitraum verdunkelten tatsächlichen Verhältnisse würden, einerlei, ob die Sache ersessen ist oder nicht, noch dreißig Jahre lang, wenn auch mit umgekehrter Beweislast und als rein schuldrechtlicher Streit über den Wert der Sache vor den Richter gezogen werden können. Das hieße jedoch, den gesetzgeberischen Grundgedanken der heutigen Ersitzung, wie er hier von uns entwickelt wurde, völlig verkennen.

§ 10. Die Ersitzung im Vergleich mit andern originären Eigentumserwerbsformen.

Wir haben bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß es verfehlt ist, die Ersitzung als originäre Erwerbsform des Eigentums mit dem Eigentumserwerb durch Tradition gleichzubehandeln, und daß wir eher Ursache haben, die Ersitzung mit den übrigen im Gesetze genannten originären Eigentumserwerbsformen zu vergleichen. Wir werden daraus, wie diese Rechtsfiguren sich zu einem Bereicherungsanspruch verhalten, wertvolle Schlüsse für unser Problem ziehen können.

3) Jung, a.a.O.

Da ist zunächst der Eigentumserwerb durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung zu nennen. Das Gesetz gibt in § 951 ausdrücklich demjenigen, der durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung seiner Sachen mit denen eines anderen das Eigentum daran verloren hat, einen Anspruch auf Vergütung in Geld, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Wenn nun das Gesetz bei dem Eigentumserwerb durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung, der doch im engsten Zusammenhange mit der Ersitzung seine gesetzgeberische Regelung gefunden hat, ausdrücklich einen Bereicherungsanspruch gewährt, bei der Ersitzung aber darüber schweigt, so kann dies Schweigen des Gesetzgebers bei der Ersitzung nicht als ganz bedeutungslos abgetan werden. M. E. ist daher der Umkehrschluß aus § 951 ein gegen den Bereicherungsanspruch nach vollendeter Ersitzung sprechendes Argument, welches allerdings allein nicht zur Begründung unserer Ansicht ausreichen kann, aber im Verein mit anderen Gründen immerhin eine Abrundung und Vervollständigung unseres Eindruckes von dem Wesen und der Wirkungsweise der Ersitzung darstellt.

. Auf der andern Seite haben wir unter den originären Eigentumserwerbsformen solche, bei denen das Gesetz — genau wie bei der Ersitzung — völlig darüber schweigt, ob ein Bereicherungsanspruch zu gewähren ist oder nicht. So z. B. in dem Falle, wo ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Wohnung eingezogen ist. Hier geht das Eigentum des früheren Eigentümers unter — wie hier, abweichend von den andern Arten solcher Rechtsveränderung, besonders ausgesprochen ist — und der Eigentümer der Bienenwohnung erwirbt originäres Eigentum an den eingezogenen Bienen. Bei diesem Tatbestand wird ein Bereicherungsanspruch des Voreigentümers heute allgemein abgelehnt[1]). Sogar Planck und Biermann[2]) wollen hier einen Bereicherungsanspruch nicht zulassen und zwar deshalb, „weil hier die Bereicherung in der Vorschrift des § 964 BGB. einen rechtlichen Grund habe und daher eine der Voraussetzungen jedes Bereicherungsanspruches, der Mangel des rechtlichen Grundes nicht gegeben sei“[3]). Genau so gut wie man sich bei

1) Vgl. Collatz, a.a.O. S. 40 und die dort angegebene Literatur.
2) § 964, S. 172.
3) Planck-Brodmann, § 964.

der Ersitzung theoretisch sehr wohl die Möglichkeit eines Bereicherungsanspruchs denken könnte, könnte man doch auch hier bei dem Schweigen des Gesetzes sehr wohl die Meinung vertreten, daß die durch einen rein tatsächlichen Vorgang bewirkte Aenderung der Eigentumsverhältnisse im Verhätlnis der Beteiligten zu einander nicht als eine gerechtfertigte angesehen werden solle. Hier jedoch soll die Bestimmung des § 964, die doch auch lediglich eine sachenrechtliche Vorschrift ist, im Gegensatz zu der Bestimmung des § 937 einen materiell-rechtlichen Grund für das Behaltendürfen der Sachen in sich bergen. Wir werden jedoch einer verschiedenartigen Behandlung dieser beiden originären Eigentumserwerbsformen nur dann zustimmen können, wenn wirkliche im geltenden Recht begründete Unterschiede, die wesensbestimmend sind, vorliegen. Es ist jedoch nicht einzusehen, aus welchen Umständen bei der Ersitzung eine materielle Rechtfertigung des Erwerbs nicht vorliegen soll. Wie man im Falle des § 964 einen Bereicherungsanspruch deswegen verneint, weil es sich bei den in die fremde Wohnung einziehenden Bienen „in der Regel um vernachlässigte Schwärme, sog. Bettel- oder Hungerschwärme handelt, welche durch ihr Einziehen infolge der Kämpfe der Bienen meist mehr Schaden als Nutzen bringen" [4]), so sehen wir, wie bereits ausgeführt, die materielle Rechtfertigung des Behaltendürfens im § 937 darin, daß der Zweck der Ersitzung eben der ist, daß lange Zeit zurückliegende Vorgänge, deren tatsächliche Grundlagen durch den Zeitablauf verschleiert worden sind, auch nicht mehr schuldrechtlich von neuem aufgerollt werden sollen. Beide Erwerbsformen sind originär, beide tragen nach unserer Auffassung den materiellen Grund für das Behaltendürfen in sich. Wir dürfen daher auch in der Regelung der Bereicherungsfrage bei der verwandten Bestimmung des § 964 eine weitere Stütze für unsere Auffassung erblicken.

Einen weiteren originären und daher zu Vergleichszwecken geeigneten Eigentumserwerb haben wir in dem Tatbestand des § 955 BGB. Auch hier gibt uns das Gesetz keine ausdrückliche Auskunft darüber, ob gegen den gutgläubigen Eigenbesitzer, der an den aus der fremden Sache gezogenen Früchten das Eigentum erwirbt, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bleibt. In der Wissenschaft wird ein Bereicherungsan-

4) Dernburg, a.a.O. § 112, S. 385.

spruch allgemein abgelehnt[5]) oder für so unwahrscheinlich gehalten, daß man nicht einmal die Möglichkeit erörtert. Hier haben wir also einen Fall vor uns, wo jemand lediglich auf Grund seines guten Glaubens eine Sache nicht nur formell zu Eigentum erlangt, sondern auch materiell für sich behalten darf. Wenn wir nun diesen originären Fruchterwerb mit dem originären Erwerb durch Ersitzung vergleichen, und berücksichtigen, daß beim Fruchterwerb lediglich auf Grund guten Glaubens unkondizierbares Eigentum erworben wird, so kann es doch gewiß nicht richtig sein, daß der durch Ersitzung bewirkte originäre Eigentumserwerb, der doch außer dem guten Glauben noch die sehr lange Ersitzungszeit von zehn Jahren erfordert, nur einen formellen, im Wege des Bereicherungsanspruchs ausgleichbaren Eigentumsübergang nach sich ziehen soll, es sei denn, daß irgendwelche markanten Wesensunterschiede zu einer verschiedenartigen Behandlung zwängen. Solche Unterschiede sind jedoch nicht festzustellen.

Interessant ist es nun, daß gerade die Befürworter eines Bereicherungsanspruchs nach vollendeter Ersitzung, Wolff[6]) und Oertmann[7]), im Falle des gutgläubigen Fruchterwerbs einen Bereicherungsanspruch nicht zulassen wollen. Allerdings will ja Wolff in dem Falle, wo die befruchtete Muttersache gestohlen war, in Analogie des § 935 dem Eigentümer der Muttersache auch bezüglich der gezogenen Frucht einen Eigentumsanspruch geben. Nach unserer Auffassung wird jedoch der gutgläubige Erwerber einer gestohlenen trächtigen Stute, obwohl er an der Stute wegen § 935 kein Eigentum erwerben kann, Eigentümer des bei ihm zur Welt gebrachten Füllens, das ihm selbst im Wege des Bereicherungsanspruchs nicht wieder streitig gemacht werden kann, und zwar deshalb, weil auch hier, genau wie beim Eigentumserwerb durch Ersitzung, der Erwerber Eigentum nicht durch das Tätigwerden eines andern, wie beim Traditionserwerb, — denn die Sache existiert ja in diesem Augenblick noch gar nicht — sondern auf Grund besonderer in seiner Person begründeter Umstände (guter Glaube, Pflege der Muttersache, die Aufwendung der zur Gewinnung

5) Schollmeyer a.a.O. S. 261; Collatz a.a.O. S. 40; Oertmann, Schuldrecht, S. 1330.

6) Wolff glaubt im Falle des § 955 die Frage eines Bereicherungsanspruches nicht einmal erwähnen zu müssen.

7) Oertmann, Schuldr. S. 1330.

der Frucht erforderlichen Arbeiten und Kosten) das Eigentum erlangen soll. Wolff will aber gerade eine „Erarbeitung" der Frucht durch den Fruchtzieher (wie wir dies eigene Tätigwerden des Fruchtziehers nennen wollen), nicht billigen, da ein Erarbeiten der Frucht nicht einmal regelmäßig vorliege[8]). Hierzu ist einmal zu sagen, daß die Wolffsche Ansicht wegen der bedenkenlosen Gleichsetzung des abgeleiteten mit dem originären Erwerb nicht richtig sein kann, wie Jung[9]) in dem Aufsatz „Fruchterwerb des scheinberechtigten Besitzers" zutreffend im Einzelnen begründet hat. Andererseits aber müßte doch gerade Wolff in Konsequenz seines für die Ersitzung aufgestellten Satzes: Ein Bereicherungsanspruch nur da, wo kein Erwerbsgrund für die Erlangung des Besitzes vorliegt, hier bei dem Eigentumserwerb an Früchten, der sich nach seiner Ansicht dann doch nur auf den guten Glauben aufbauen kann, doch ganz sicher in den Fällen einen Bereicherungsanspruch bejahen, wo ein Eigentumsanspruch auch nach seiner Meinung ausgeschlossen ist, denn den Eigentumsanspruch bezüglich der Frucht will er ja nur da geben, wo die Muttersache im Augenblick des Gestohlenwerdens schon befruchtet war. Aber auch in dem Falle, wo eine Stute erst nach dem Diebstahl gedeckt wurde, wo also auch nach Wolff eine Analogie des § 935 nicht möglich ist, gewährt Wolff keinen Bereicherungsanspruch gegen den Fruchtzieher. Wenn aber Wolff die Erarbeitung nicht als einen materiellen Erwerbsgrund anerkennen will, welches soll dann nach seiner Ansicht die Grundlage für das Behaltendürfen des Fruchtziehers in diesem Falle sein? Entweder müßte Wolff also von seinem Standpunkt aus auch einen Bereicherungsanspruch gegen den Fruchtzieher geben, oder aber ihn sowohl im Falle des gutgläubigen Fruchterwerbs wie auch im Falle der Ersitzung verneinen. Jede andere Entscheidung ist inkonsequent.

IV. Schluß (§ 11):

DAS ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG UND FESTSTELLUNG DER BILLIGKEIT DESSELBEN.

Nach unseren Untersuchungen im ersten Teil der Arbeit sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß nach vollendeter Er-

8) Sachenr. S. 238, Anm. 14.
9) „Recht" 1920, S. 57 ff.

sitzung ein Bereicherungsanspruch des Veräußerers (also dessen, der die gestohlene Sache sine causa tradiert hat) für das geltende Recht verneint werden muß. Nachdem wir im zweiten Teil unserer Abhandlung festgestellt haben, daß unsere heutige Ersitzung nicht den Zweck haben kann, lediglich die bei der Besitzerlangung vorliegenden, einen sofortigen Eigentumserwerb verhindernden Mängel zu heilen, daß sie vielmehr nach ihrem Sinn und Zweck eine besondere Form der allgemeinen Verjährung ist, müssen wir auch die Frage, ob überhaupt nach vollendeter Ersitzung ein Bereicherungsanspruch möglich ist, m. a. W., ob dem früheren Eigentümer ein Bereicherungsanspruch zu geben ist, mit einem uneingeschränkten Nein beantworten. Es ist nun von Bödecker[1]) im Verfolge der Oertmannschen Lehre behauptet worden, die Einengung der Verjährung des Eigentumsanspruchs durch die Ersitzung (von 30 auf 10 Jahre) sei zwar eine Selbstverständlichkeit, die Einengung des Kondiktionsanspruchs dagegen sei eine Ungeheuerlichkeit, weil nirgendwo ein Grund für die Einengung dieses Anspruchs auffindbar sei. Nachdem wir aber nun die Ersitzung im Vorstehenden als eine ihrem Sinn und Zweck nach das Behaltendürfen rechtfertigende Rechtsfigur erfaßt haben, glauben wir, auch diesen Einwurf der Gegenansicht widerlegt zu haben. Der Grund für diese Einengung des Kondiktionsanspruches liegt eben darin, daß nach der Verdunkelung der tatsächlichen Verhältnisse durch die zehnjährige Zeit jeder neue auch nur schuldrechtliche Streit über den Wert der Sache vermieden werden soll. So muß auch die Frage nach der Billigkeit unserer Entscheidung vollkommen in unserm Sinne ausfallen, wenn man berücksichtigt, daß dadurch Vorgänge, die durch die lange Zeit verwischt und der Erinnerung der Beteiligten entfallen sind, nicht mehr vor den Richter gezogen werden können, und daß andererseits eben die Ersitzung selbst einen in ihrer Natur begründeten materiellen Erwerbsgrund für die Erlangung des Eigentums in sich schließt. Daß aber im geltenden Recht nur dies, nicht aber die Heilung eines mangelhaften Erwerbsaktes das Wesen der Ersitzung sein kann, war in der vorliegenden Arbeit als der eigentliche Angelpunkt unserer Frage in erster Linie darzulegen.

---

1) a.a.O. S. 38 f.

LEBENSLAUF.

Ich, Norbert Koch, bin am 7. Februar 1907 als Sohn des Rendanten Johannes Koch und seiner Ehefrau Maria, geb. Schulte, zu Rheda in Westf. geboren. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Nachdem ich zunächst die Volksschule in meiner Vaterstadt besucht hatte, trat ich Ostern 1917 in die Sexta der Oberrealschule in Bielefeld ein. Ich verließ diese Anstalt Ostern 1926 mit dem Zeugnis der Reife und widmete mich an den Universitäten Freiburg i. Br. und Marburg dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Am 17. Mai 1930 legte ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung ab. Auf Grund der vorliegenden Abhandlung wurde ich zur rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorprüfung zugelassen, die ich am 18. Oktober 1932 bestand. Zur Zeit bin ich im Ausbildungsdienst im Bezirke des Oberlandesgerichts Hamm beschäftigt.